Martin Pilch

# Der Rahmen der Rechtsgewohnheiten

## Kritik des Normsystemdenkens entwickelt am Rechtsbegriff der mittelalterlichen Rechtsgeschichte



Böhlau

böhlau

Martin Pilch

# DER RAHMEN DER RECHTSGEWOHNHEITEN

Kritik des Normensystemdenkens entwickelt am Rechtsbegriff der mittelalterlichen Rechtsgeschichte

Böhlau Verlag Wien · Köln · Weimar




Gedruckt mit Unterstützung durch den Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung, Wien

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek:
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.ddb.de abrufbar.

ISBN 978-3-205-78291-9


http://www.boehlau.at
http://www.boehlau.de

Gedruckt auf umweltfreundlichem, chlor- und säurefrei gebleichtem Papier

Druck: Prime Rate Kft., 1047 Budapest

# Inhaltsverzeichnis

Meiner Frau Erni gewidmet

suum cuique ordinem, suam dignitatem, suas leges
LAMBERTI HERSFELDENSIS *annales*

ex necessitate fit mutatio legis
IVO CARNOTENSIS *prologus in decretum*

Tabescunt leges, et iam pax defluit omnis;
Mutantur mores hominum, mutatur et ordo.
ADALBERONIS LAUDUNENSIS *carmen ad Rotbertum regem*

# Vorwort

Die Anregung zu dieser Arbeit entspringt lange zurückreichendem Interesse am Mittelalter und darin besonders der Ottonen- und Salierzeit. Nach der ursprünglichen Absicht hätte das Hauptaugenmerk der Untersuchung dem Begriff des Politischen gelten sollen, jedoch war bald deutlich, daß der Begriff des Rechts in jener Zeit, der mit dem des Politischen nicht weniger verklammert war als heute, zuvor einer eingehenderen Klärung bedürfe. Diese Klärung konnte nicht in Angriff genommen werden ohne Einbeziehung wesentlicher Ergebnisse heutiger Rechtstheorie. Deren Komplexität, mehr noch aber die tiefe Kluft zwischen modernem und mittelalterlichem Recht, hat es letztlich sinnvoll erscheinen lassen, eine thematische Einschränkung auf die Behandlung eines geeigneten Rechtsbegriffs für den Kontext des 10. und 11. Jahrhunderts vorzunehmen; die Entwicklung eines korrespondierenden Begriffs des Politischen bleibt also vorerst künftiger Beschäftigung mit dem Thema vorbehalten.

Der erhebliche Umfang des zu bearbeitenden Materials und der einer konzentrierten Beschäftigung mit einem wissenschaftlichen Thema nicht eben förderliche Umstand, daß die gesamte Arbeit abseits der beruflichen Tätigkeit ministerialer Forschungsförderung stattfinden mußte, hat die Entstehungszeit sehr in die Länge wachsen lassen. Ich möchte mich deshalb bei Peter Koller für die Betreuung der Dissertation, deren überarbeitete und erheblich erweiterte Fassung hiemit vorliegt, und die dabei erwiesene Geduld bedanken, bei meiner Frau Erni für die zahllosen abgerungenen Abende und Wochenenden und die allmähliche Verwandlung großer Teile der gemeinsamen Wohnung in eine Lagerstätte für Sekundärliteratur (meist in Gestalt wenig attraktiver Stöße kopierter Zettel), sowie nicht zuletzt bei meiner Tochter Teresa für die weitestgehende Schonung derselben – trotz ihrer Neugier.

Danken möchte ich an dieser Stelle auch Stefan Weinfurter für die großzügig gebotene Möglichkeit, Thesen aus diesem Buch am Historischen Seminar in Heidelberg vortragen und diskutieren zu dürfen.

Wien, im Juli 2008 Martin Pilch

# Einleitung

Wer sich rechtshistorischen Fragestellungen mit rechtstheoretischem Interesse nähert, dem mag als Unterfall der allgemein gehaltenen Frage ›Was ist Recht?‹, die in eben dieser Allgemeinheit vielleicht niemals befriedigend zu beantworten sein wird, die konkretere und mehr Erfolg versprechende Frage nach dem zeitlichen Ursprung ins Blickfeld kommen, die Frage also, ab welchem Zeitpunkt oder Entwicklungsstand in der Geschichte menschlichen Zusammenlebens sinnvollerweise von Recht oder Rechtszuständen gesprochen werden kann. Als Kriterium, wie vorgeschlagen wurde, auf das gesichert nachweisbare Vorhandensein verbindlicher Drittentscheidungen zu verweisen, greift sicher zu kurz. Allzusehr verstellt hier das dem modernen Menschen vertraute Bild richterlichen Entscheidens die Unvoreingenommenheit des Blicks, die nötig ist, um der komplexen Vielfalt sozialer Streitregelung in archaischen Gesellschaften, die die ethnologischen Disziplinen mannigfach durch Beispiele belegt haben, gerecht zu werden. Der Rechtsbegriff, der die Frühphase des Rechts bzw. den Übergang von ›vorrechtlichen‹ zu ›rechtlichen‹ Zuständen erfassen will, wird nun sehr wahrscheinlich eine ganz andere dihairetische Gestalt aufweisen müssen als einer, der modernen rechtsstaatlichen Verhältnissen genügt. Die dem Juristen geläufigen Differenzierungen zwischen privatem und öffentlichem Recht, zwischen subjektiven und objektiven, zwingendem und dispositiven, materiellem und prozessualem etc. haben möglicherweise kein sinnvolles Äquivalent beim Recht der Sühnemittlung, in stark formalisierten Rechtsgängen oder rudimentär ausgebildeten Rechtsfindungsverfahren. Auch wird eine saubere Trennung von Recht und anderen Quellen des Normativen wie Moral oder Religion mangels Ausdifferenzierung dieser als je eigene Normensysteme um so weniger gelingen, je weniger institutionellen Charakter Streitschlichtung noch hat.

Das Besondere des hier gewählten Schwerpunkts im Untersuchungszeitraum (10. und 11. Jahrhundert) liegt darin, daß die abendländische Rechtskultur den Übergang von archaischen zu rechtlichen Verhältnissen gewissermaßen zweimal durchlaufen hat, ein erstes Mal in der Antike und ein zweites Mal in der Phase nach der Völkerwanderung durch die Vermengung spätantiken Vulgarrechts mit germanischen Rechtsvorstellungen, in deren Folge insbesondere die Schriftförmlichkeit des Rechts fast verschwunden ist. Die Untersuchung konzentriert sich auf die Zeit unmittelbar vor dem zweiten dieser Übergänge, eine Epoche, die doch so weit durch schriftliche Zeugnisse dokumentiert ist, daß darin die überwiegend nichtschriftlich geprägte Rechtswelt sich widerspiegelt. Der eigentliche Reiz der Aufgabe besteht darin, ein

begriffliches Instrumentarium für das Vordringen in rechtstheoretisches Neuland zu suchen, im Bewußtsein, daß weder ein simpler Rückgriff auf Quellenbegriffe offensteht noch die unmodifizierte Inanspruchnahme des am modernen Schriftrecht entwickelten Begriffskanons vom Recht als Norm und System. Zweck ist es also, eine kategoriale Annäherung an eine im Innersten fremdgewordene Welt zu versuchen, d.h. *in concreto* Rechtsbegriffe auf ihre Brauchbarkeit hin zu prüfen, die dem Umstand Rechnung tragen muß, daß die Rechtspraxis, um die es geht, untergegangen ist und weder zeitgenössische theoretische Reflexionen zum Rechtsbegriff und Rechtsdenken überliefert sind (geschweige denn ausgearbeitete Theorien des Rechts) noch die modernen Disziplinen, die dafür in Frage kämen, die Rechtsgeschichte und die Rechtstheorie in systematischer Form dieses Problems sich angenommen haben.

Daß die Entstehung der modernen westlichen Rechtstradition einer vom Reformpapsttum initiierten ›Revolution‹ in der 2. Hälfte des 11. Jahrhunderts zu verdanken ist – die These wurde durch Harold J. Berman popularisiert unter explizitem Rückgriff auf Ideen, die in den Dreißigerjahren des letzten Jahrhunderts von Eugen Rosenstock vertreten wurden[1] –, soll hingegen weitgehend außerhalb des Untersuchungsrahmens bleiben. Außerhalb des Rahmens bleiben damit auch die Entwicklung des kanonischen Rechts und die wissenschaftliche Wiederbehandlung des Römischen Rechts in dieser Phase. Unabhängig davon, wie die bekanntlich nicht unumstrittenen Thesen Bermans zu beurteilen sind oder inwiefern einzelne Wurzeln modernen Rechtsverständnisses rückverfolgbar sind und wie scharf der Bruch zwischen der frühmittelalterlichen Rechtswelt und dem Beginn dieser ›Moderne‹ in zeitlicher Hinsicht tatsächlich gewesen ist, besteht doch weitgehende Übereinstimmung, daß die Zeit ›davor‹ (die jedenfalls noch geschlossen das 10. Jahrhundert umfaßt) in einem Ausmaß von archaischen und vormodernen Rechtsvorstellungen geprägt war, daß weithin in der Beurteilung von der ›Fremdartigkeit‹ dieser Rechtsvorstellungen gesprochen werden kann bis hin zur Feststellung des Versagens aller uns geläufigen Kategorien des Rechtlichen.

Die vorliegende Untersuchung trachtet ihr Ziel, einen Rechtsbegriff für den Kontext des 10. und 11. Jahrhunderts zu konzipieren, dadurch zu erreichen, daß – mangels theoretischer Alternative – zunächst an den positiv vorfindbaren Rechtsbegriff der Gegenwart angeknüpft wird, der zugleich der Rechtsbegriff des Positivismus ist; diesen gilt es zuallererst ausführlich darzustellen bzw. zu rekonstruieren, da dieser Begriff ja selber eine geschichtliche Größe darstellt. Ausgangspunkt ist deshalb die

---

1 H.J. Berman – Recht und Revolution, S. 144 ff.; E. Rosenstock-Huessy – Die europäischen Revolutionen und der Charakter der Nationen, S. 131 ff.; siehe auch K. Leyser – Am Vorabend der ersten europäischen Revolution.

Vorstellung vom *Recht als Normensystem*, die – mehr oder minder reflektiert – so ziemlich allen juristischen, philosophischen, soziologischen und logischen Untersuchungen der jüngeren Vergangenheit zugrundegelegt wird. Diese Rekonstruktion greift (im *ersten Abschnitt* der Arbeit) die einzelnen Komponenten des Begriffs heraus und betrachtet demgemäß das Recht *als System*, sodann *als Norm* und, um die modernen positivistischen Konzeptionen des Rechtsbegriffs möglichst genau zu charakterisieren, in der Kombination dieser beiden Aspekte zuletzt das Recht *als System bedingter Normen (Rechtsregeln).* Der Systembegriff wird dabei bis in die Zeit der Scholastik zurückverfolgt und dessen ungebrochener Entwicklung bis ins 19. Jahrhundert hinein nachgegangen. Während für diesen Zeitraum die Systematisierung vornehmlich in didaktischer Absicht auf Rechtssätze sich bezieht oder auf die Entwicklung von juristischen ›Begriffspyramiden‹, wird für das 20. Jahrhundert von einem paradigmatischen Wechsel auszugehen sein, nach welchem unter dem Einfluß des aus der Mathematik stammenden abstrakten System- bzw. Klassen- oder Mengenbegriffs erstmals *Normen* und nicht Sätze oder Begriffe als Elemente der Systematik des Rechts auftauchen.

Im zweiten Kapitel wird der Normcharakter des Rechts expliziert an Hand der Differenzierung von Sozialnormen im allgemeinen und Rechtsnormen als Spezialfall derselben. Der allgemeinere Begriff führt zur Betrachtung von Sollsätzen, als deren Sinn bzw. Bedeutung Normen gerne definiert werden, und von dort zur Diskussion sprechakttheoretischer Probleme der Abgrenzung von Normsetzung im Verhältnis zu anderen Sprechakten. Zurückgewiesen wird die Identifizierung von Normen mit Imperativen. Zum besseren Verständnis des Normcharakters des positivistischen Rechtsbegriffs wird eine Unterscheidung zwischen einem syntaktischen, einem semantischen und einem pragmatischen Normbegriff vorgeschlagen. Im Rahmen des semantischen Normbegriffs wird eine Theorie mehrstufiger deontischer Operatoren entwickelt, die von einer verallgemeinerten Parallelstruktur von Aussage- und Normsätzen ausgeht.

Im den ersten Abschnitt abschließenden dritten Kapitel wird die Kernvorstellung des positivistischen Rechtsbegriffs untersucht, Recht als eine Menge bedingter Normen (Rechtsregeln) zu verstehen, die auf konkrete Fälle angewendet werden. Im Vordergrund steht dabei die mangelnde Eignung von Normen unmittelbar, d.h. ohne den Umweg über eine geeignete Repräsentation durch Normsätze oder Komplexe von Normsätzen, als Elemente von Normensystemen zu dienen. Der Übergang von der Analyse der isolierten Rechtsregel (z.B. einer Strafrechtsnorm), in deren bedingter Normgestalt die Rechtstheorie eine wesentliche Strukturkomponente von Recht zu fassen glaubt, zur Auffassung, das Recht bestehe aus einer systematisch geordneten Vielheit eben solcher Regeln, erfolgt i.d.R. ohne die notwendige Aufstellung eines

Kriteriums zur Bestimmung des Umfanges der Einzelnormen im System. Überlegungen von Robert Walter und Joseph Raz zeigen, daß es schwierig sein dürfte, so ein Kriterium überhaupt anzugeben. Läßt man die Lösung dieser Problematik – wie es weithin geschieht – außer acht, dann kann allenfalls in einem metaphorischen Sinn von Recht als Normensystem gesprochen werden. Angesprochen werden weiters die Grundnormproblematik sowie der erstaunliche Umstand, daß just die als typisches Basiselement aller Normensysteme fungierende bedingte Norm besondere und bis heute ungelöste Probleme im Rahmen der deontischen bzw. der Normenlogik bereitet, die doch als ›logisches‹ Fundament vor der Anwendung des Modells außer Streit stehen sollte. Nun läßt sich zwar argumentieren, daß auch in der Mathematik die ungelösten Grundlagenfragen einer Anwendung mathematischer Modelle nicht im Wege stehen, das Faktum der Inkonsistenz kann aber zumindest als deutlicher Hinweis dafür genommen werden, daß das positivistische Erklärungsmodell des Rechts auch aus immanenten Gründen einer Modifikation bedarf. Ein anderer diskutierter Einwand gegen das rechtspositivistische Regelmodell betrifft dessen Unvollständigkeit, weil es Rechtsprinzipien nicht darzustellen vermag. Als Abschluß des ersten Abschnitts wird eine an der mathematischen Gruppentheorie orientierte ›Darstellungstheorie‹ für Normensysteme skizziert, mit deren Hilfe der erstgenannte Mangel der Normensystemkonzeption behebbar scheint.

Der *zweite Abschnitt* behandelt die Rechtsverhältnisse vornehmlich im 10. und 11. Jahrhundert, und zwar in Konfrontation mit einem Repräsentanten des herausgearbeiteten modernen Rechtsbegriffs (in Gestalt der Rechtsdefinition von Peter Koller). Es wird jedes Element der Definition auf seine Tauglichkeit zur Erfassung der Besonderheiten mittelalterlichen Rechts hin geprüft mit der Erwartung einer zweifachen Aufklärung: erstens die Bestätigung der vermuteten mangelnden Eignung positivistischer Normensystemkonzepte und zweitens das Sichtbarwerden der Besonderheiten und Strukturmerkmale des mittelalterlichen Rechts durch die Konfrontation mit dem sich sperrenden Rechtsbegriff, um daraus Anhaltspunkte zu gewinnen, welche Modifikationen allenfalls vorgenommen werden könnten. Die auftretenden Unstimmigkeiten sollen jeweils strukturelle Eigenschaften deutlich zum Vorschein bringen. Am Leitfaden der Definitionsmerkmale Kollers wird im vierten Kapitel der Frage nachgegangen, inwieweit die Wirksamkeit des Rechts auf organisiertem Zwang beruht. Näher betrachtet werden dazu der mittelalterliche Bußprozeß, die Fehde, das Strafrecht, die Normierungen der Gottesfrieden und der frühen städtischen Kommunen sowie eingehend die Regelung der Zwangsgewalt im sog. *Wormser Hofrecht*. Als Ergebnis dieser ›Strukturaufklärung‹ wird eine wesentliche Fragmentierung des Rechts im Frühmittelalter festgehalten, die Wilhelm Ebel und Jürgen Weitzel folgend mit der Trias *recht* – Gebot – Willkür beschreibbar

ist, womit drei wechselseitig nicht aufeinander rückführbare Typen des Rechtlichen bezeichnet werden. Breiten Raum nimmt dabei die Auseinandersetzung mit einigen Thesen aus Weitzels *Dinggenossenschaft und Recht* ein. Mit der zweiten Komponente der Rechtsdefinition Kollers (»Erzeugung und Anwendung der Rechtsnormen beruhen auf ›Ermächtigung‹«) wird in gleicher Weise verfahren (Fünftes Kapitel). Gegenstand der Untersuchung bilden der Aufbau der ottonischen Verwaltung, Erscheinungsformen der Gesetzgebung und Beispiele für ›atypische Normanwendung‹ in der mittelalterlichen Rechtspraxis Spaniens.

Die dritte und abschließende Definitionskomponente (»Legitimität als begriffliche Voraussetzung des Rechts«) wirft Licht auf eine Strukturebene des Rechts, die Überschneidungen mit der Sphäre des Politischen aufweist und grob mit dem von Gerd Althoff, Hagen Keller und anderen herausgearbeiteten Symbolhandeln identifiziert werden kann. An Hand zweier Exkurse (»Phänomenologie der Herrschaftssymbole« und »Herrschaftstheologie und sakrales Königtum«) wird auf einige Aspekte dieser vierten Rechtsschicht eingegangen (Sechstes Kapitel).

Der *dritte Abschnitt* (Siebentes Kapitel) wendet sich dem ›Rechtsbegriff der Rechtsgeschichte‹ zu und enthält exemplarisch am Leitfaden des Begriffs der *Rechtsgewohnheit* ausführliche Analysen zu den Rechtsbegriffen Karl Kroeschells, Gerhard Dilchers und Jürgen Weitzels. Bei letzterem wird besonders auf sein Verhältnis zur Rechtslehre Gerhart Husserls und deren potentielle Leistungsfähigkeit für die mittelalterliche Rechtsgeschichte eingegangen. Auf zwei geplante Unterkapitel im Vorfeld, eine nochmalige Behandlung der Rechtslehre Fritz Kerns und eine Darstellung des paradigmatischen Wandels des Verfassungs- und Rechtsbegriffs bei Otto Brunner wurde letztlich verzichtet, bei ersterem, weil seine Beurteilung in der Rechtsgeschichte gegenwärtig zu einhellig ablehnend ausfällt, bei letzterem, weil die kontroversielle Behandlung und der neuerdings intensiver geäußerte Ideologieverdacht ein zu weites Ausholen notwendig gemacht hätten.

Der *vierte und abschließende Abschnitt* versucht einen Weg zu alternativen Rechtskonzepten zu weisen, indem wieder auf Ergebnisse der Rechtstheorie zurückgegriffen wird, und zwar auf solche, die die Fundamentalkritik am Rechtspositivismus zum Thema haben. An Hand der von Ronald Dworkin entwickelten prozeduralen Theorie des Rechts und gewisser Positionen Carl Schmitts abseits von dessen dezisionistischen Thesen wird im achten Kapitel versucht, einen Rahmen aufzuspannen, in dem das fundierende Verhältnis von Norm und Institution, von rechtlicher Ordnung und rechtlicher Regel die umgekehrte Struktur aufweist wie im Rechtspositivismus. Ausgangspunkt dafür ist der Befund aus dem zweiten Abschnitt, der es gänzlich ausgeschlossen scheinen läßt, mittelalterliches Recht erfolgreich als System von Normen zu beschreiben, das in irgendeiner Form angewendet würde im Bewußtsein,

daß das nicht gleichbedeutend ist mit der Abwesenheit von Recht. Das Recht wird vielmehr als normative Ordnung zu verstehen sein, die weder systemische Einheit noch logische Geschlossenheit, noch durchgehenden Delegationszusammenhang für sich in Anspruch nimmt, sondern als nicht scharf abgrenzbare Ordnung die Gliederung in Normen, wenn überhaupt, nur in der kleinräumigen lokalen Umgebung konkreter Rechtsfälle erlaubt, keinesfalls aber als Darstellung des Rechtsganzen. Der Grund dafür liegt wesentlich im oralen oder zumindest semioralen Charakter der frühmittelalterlichen Rechtswelt, die eine Verknüpfung anderen Stils zwischen normativer Prämisse und konkretem Sachverhalt voraussetzt als die moderne Vorstellung der rechtslogischen Anwendung eines Konvoluts von Normen auf Sachverhalte. Die Rechtsregel gewinnt (soweit sie überhaupt zur Formulierung gelangt) ihre Gestalt aus der vorausgehenden gelebten und erinnerten rechtlichen Ordnung, und es wird nicht umgekehrt die Ordnung aus den Regeln erst konstituiert – dies wäre ein normativistisches Mißverständnis. Recht verdankt seine Existenz gewöhnlich weder autoritativer Setzung noch der konstitutiven Übung i.S.d. Gewohnheitsrechts, sondern einer von Mündlichkeit dominierten Rechtsfindungspraxis, die ihren Schwerpunkt im Gericht hat und mit dem von Rechtshistorikern geprägten Begriff der *Rechtsgewohnheit* begrifflich vom Gewohnheitsrecht abgesetzt wird. Ronald Dworkins prozedurale Rechtstheorie und Carl Schmitts *Konkretes Ordnungsdenken* könnten eine rechtstheoretische Basis für die Erfassung dieser Formen »nichtnormativen Rechts« (Karl Kroeschell) bilden. Das konkrete Ordnungsdenken wird dabei als rechtswissenschaftlicher Schematismus von Schmitt entlehnt, erfährt aber im Hinblick auf die Erfordernisse der zu beschreibenden Objektsphäre des mittelalterlichen Rechts, die Schmitt nicht primär vor Augen stand, nicht unerhebliche Modifikationen.

Konkretes Ordnungsdenken wird so im neunten Kapitel zur Rahmentheorie (oder zum Theorierahmen) für Rechtsgewohnheiten entwickelt und das sich daraus ergebende Verhältnis von Ordnung, Regel und Entscheidung ausführlich betrachtet. Der Rahmen, der so entsteht, erfährt seinerseits eine Einrahmung durch allgemeine zeittypische Ordnungsvorstellungen, die jüngst unter dem Begriff ›Ordnungskonfigurationen‹ (Stefan Weinfurter) diskutiert wurden. Kontrastiert wird das so in gewandelter Gestalt als Theorieangebot an die Rechtsgeschichte verstandene konkrete Ordnungsdenken mit drei anderen von Joachim Rückert empfohlenen Rechtskonzeptionen, die mit den Namen Niklas Luhmann, Friedrich August von Hayek und H. L. A. Hart verbunden sind. Die im Umfang den Analysen zum Rechtsbegriff der Rechtsgeschichte gleichkommende kritische Auseinandersetzung mit dem Begriff der Ordnungskonfigurationen und der Rolle des Funktionalismus bei Stefan Weinfurter bilden architektonisch den Abschluß der Untersuchung.

Die Absicht, die mit vorliegender Arbeit verbunden ist, ist eine vierfache: der *erste* Abschnitt will eine Darstellung des positivistischen Rechtsbegriffs geben, die dem Rechtshistoriker vor Augen führt, auf welche Begriffe mit welchen theoretischen Implikationen und Abgründen er sich einläßt, wenn er Vokabel wie ›Norm‹ oder ›Normensystem‹ verwendet. Der *zweite* Abschnitt bedingt einen Perspektivenwechsel und soll umgekehrt dem Rechtstheoretiker oder allgemein jedem, der den positivistischen Rechtsbegriff für das letzte Wort hält, die Grenzen der Anwendbarkeit desselben verdeutlichen und darüber hinaus einen Eindruck von der Fremdartigkeit des Mittelalters und der mit ihm untergegangenen Rechtswelt vermitteln (vor allem in den beiden lockerer gestalteten Exkursen). Die *dritte* Absicht liegt darin, eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit den Rechtsbegriffen dreier der wichtigsten Vertreter der deutschen Rechtsgeschichte aus der Perspektive des Rechtstheoretikers anzustrengen, nicht zuletzt, um zu einem Brückenschlag zwischen den Disziplinen beizutragen. Der *vierte* und letzte Zweck, der verfolgt wird, ist es, den Versuch zu unternehmen, Carl Schmitts Gedankengänge jenseits des heute dominierenden ideologiekritischen, philologischen und bisweilen rein archäologischen Umgangs mit ihnen als das aufzugreifen, als was sie verstanden werden wollten, nämlich als gedanklicher Beitrag zur Rechtswissenschaft, um zu sehen, inwieweit sie dem theoretischen Instrumentarium der Rechtsgeschichte auch 80 Jahre nach Otto Brunners Rückgriff auf sie als Armierung zu dienen vermöchten.

# I. Das Recht als Normensystem

Wenn man – vor die Aufgabe gestellt, einen propädeutischen Begriff vom Recht zum besseren Verständnis früh- und hochmittelalterlicher Verhältnisse zu entwerfen – zuallererst in den reichhaltigen Fundus kontemporaner rechtstheoretischer und rechtsphilosophischer Konzeptionen zu greifen versucht ist, dann darf es nicht überraschen, daß die zur Auswahl stehenden Begriffe und Definitionen überwiegend an der Struktur, Eigenart und Komplexität moderner Rechts- und Lebensverhältnisse ausgerichtet sind und nicht auf die hier interessierende Epoche des frühen Mittelalters. Der von ethnologischen Randlagen einmal abgesehen gegenwärtig regelmäßig ›staatliche‹ Hintergrund der verschiedenen Erscheinungsformen von Recht, das mit seinen Instrumentarien die im ›Staat‹ als ›Gesellschaft‹ zusammengefaßten Individuen rechtlich organisieren und das zwischen diesen vorhandene Konfliktpotential hegen und neutralisieren soll, prägt damit auch die Hauptmerkmale jedes wissenschaftlichen Rechtsbegriffs. Recht wird darum begrifflich in systemfähiger Weise konzipiert, regelmäßig als *System von Normen*[1], wobei der Begriff ›Norm‹ als fundamentaler Baustein von Rechtsordnungen fungiert und mit dem Begriff ›System‹ eine grundsätzliche Formentscheidung getroffen wird. Der Vorzug liegt in einem Gewinn an theoretischer Elastizität, die notwendig scheint, um all das an komplexer Vielfalt einzuholen, was das Phänomen ›Recht‹ heute bietet. Es gilt dabei die ganze Bandbreite, beginnend von Gesetz, Verfassung, Grundrechtsanspruch bis hin zu richterlichem Urteil, Verwaltungsakt und privatautonomer Rechtssetzung samt dem raumzeitlichen Entstehen und Verschwinden dieser Erscheinungsformen und den systemimmanenten Interpretationstechniken in einen kohärenten theoretischen Zusammenhang zu bringen, vom Verlangen nach inhärenten moralischen Qualitäten und damit verbundenem Widerstandsrecht oder gar einer Widerstandspflicht ganz zu schweigen. Einem ›Normensystem‹ wird – theoretisch wie praktisch – viel abverlangt[2].

---

1 Anstelle von ›Normensystem‹ wird auch in der gleichen systematisierenden Absicht von Recht als einem ›System von Regeln‹ gesprochen, wie es z.B. im Titel eines Buches von Werner Krawietz *(Recht als Regelsystem)* anklingt; Norm und (Rechts-)Regel werden darum hier als weitestgehend synonyme Begriffe behandelt, auch wenn dem Regelbegriff als Konnotation eine nichtnormative Bedeutung zukommt im Sinne einer rein deskriptiven Regelmäßigkeit.

2 Es gibt auch grundsätzliche Zweifel an der Durchführbarkeit einer solchen systematisierenden Leistung, weil von manchen Autoren in erkenntnisskeptischer Manier die Erkennbarkeit von Recht – weder als Naturrecht noch als positives Recht – ausgeschlossen und darum Rechtstheorie *qua* ›Wissenschaft vom Recht‹ als unmöglich erachtet wird.

Bei alledem wurde nicht *die eine* unbestrittene Theorie des Normensystems ausgebildet, sondern deren viele: je nach Einordnung in die rechtswissenschaftliche Theorietradition liegt der Schwerpunkt auf der systemtheoretischen oder auf der normentheoretischen Komponente. An den Rändern des sichtbaren Theoriespektrums findet sich auf der einen Seite die ›Systemtheorie‹ als immer noch zur Soziologie gerechnete Disziplin, die durch die forcierte Übernahme von kybernetischen und aus der Biologie stammenden Vorstellungen auch das Recht zu beschreiben für sich in Anspruch nimmt[3]. Auf dem anderen Ende des Spektrums konzentriert sich die auf der Grundlage analytischer Philosophie und deontischer Logik operierende Rechtstheorie auf die logische und sprachphilosophische Analyse der ›Norm‹. Zwischen den Extremen findet der ewige Zwist zwischen naturrechtlichen Positionen und Rechtspositivismus[4] genügend theoretischen Raum zur Entfaltung – im *apeiron* des nichtsichtbaren Spektrums wiederum kündet derweilen vernehmliches Raunen von der postmodernen Auflösung aller zuvor gewonnenen Rechtsbegriffe.

## (1) Das Recht als System

### *Wurzeln des juristischen Systembegriffs*

»Der Systemgedanke war in der Rechtswissenschaft ein Erbe der Naturrechtslehre«[5], heißt es bei Karl Larenz am Beginn seiner Darstellung der Systembildung in der *Historischen Rechtsschule*. Dieses Erbe, das das 19. Jahrhundert vom vorangehenden neuzeitlichen Natur- bzw. Vernunftrecht übernommen hat, war nun teilweise selbst ererbt. Systembildung steht am Anfang schon der mittelalterlichen Auseinandersetzung mit den wiederentdeckten *Digesten* und ebenfalls bei der zeitgleichen Um- und

3 Namentlich im Werk Luhmanns findet sich ein derart verallgemeinerter Systembegriff, daß die Juristen geläufige Vorstellung vom Normensystem als geordneter Zusammenfassung von Rechtsnormen damit nicht mehr in Einklang zu bringen ist. Das Rechtssystem ist ihm ein Subsystem des alle Kommunikationen umfassenden Gesellschaftssystems; als solches gehört es zum allgemeinen Typus sozialer Systeme und schließt es alle auf den Code Recht/Unrecht bezogene Kommunikation im Gesellschaftssystem ein. Normen sind demgegenüber sekundäre abgeleitete kommunikative Gebilde und bilden gerade kein System.

4 »Ebenso wie sich die grundlegenden philosophischen Probleme einer definitiven Lösung zu entziehen scheinen, besteht wenig Grund anzunehmen, daß der Konflikt zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus jemals zu einem Ende kommen wird, weil es eine endgültige und allgemein überzeugungskräftige Antwort auf die ihm zugrundeliegende Frage, was das Recht in seinem Wesen sei, offenbar gar nicht gibt.« P. Koller – Meilensteine des Rechtspositivismus im 20. Jahrhundert, S. 129, unter Berufung auf einen Diskussionsbeitrag von Hans Kelsen aus dem Jahr 1927.

5 K. Larenz – Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 19.

Neuformung des kanonischen Rechts[6]. »Daß bei der Behandlung des Rechtsstoffes sich der Einfluß der Scholastik geltend machte, versteht sich von selbst. Es handelte sich darum, die autoritären Regeln des Corpus iuris rational zu verstehen, indem man sie in eine Ordnung, in ein System brachte. […] Die systematische Rechtswissenschaft ist vielmehr eine Schöpfung der mittelalterlichen Scholastik, mit der sie ebenso wie die Theologie organisch zusammenhängt. Denn beide arbeiten mit einem Stoff, der ihnen von einer autoritären Instanz als Gegenstand des Glaubens aufgegeben wird, einem Stoff, den sie in einem System verstandesmäßig zu entwikkeln und zu begreifen suchen. Das aber ist Scholastik«[7]. Mit diesem Zusammenhang von autoritär vorgegebenem Stoff und einer Methode »durch logisches Schließen und dialektische Deduktion Widersprüche zwischen divergierenden Autoritäten aufzulösen«[8], der Theologie und moderne Rechtswissenschaft an ihrer Wurzel me-

---

6 »Das kanonische Recht, das erste moderne westliche Rechtssystem, wurde im 12. Jahrhundert als ein einheitliches, in der Zeit voranschreitendes Rechtssystem entworfen.« H.J. Berman – Recht und Revolution, S. 808. Bei der heftigen Kritik, die Bermans Buch erfahren hat, wurde zumindest sein Herausstreichen der Bedeutung des kanonischen Rechts für die Entwicklung der westlichen Rechtstradition als gültige Ansicht anerkannt: »His [i.e. Bermans] description of canon law as the first modern western legal system is generally accurate.« P. Landau – Rezension zu ›H.J. Berman, Law and Revolution‹, S. 939; ebenso anerkannt wird seine Einschätzung des späten 11. und frühen 12. Jahrhunderts als entscheidende Wendezeit hin zur Entwicklung des modernen westlichen Rechts: »Berman seems justified in his periodization of legal history. The eleventh and twelfth centuries do mark a watershed in the history of western law and western society, probably a more important watershed than the Reformation. In this period, our legal tradition was born.« A.a.O. S. 943. Siehe auch H. Fuhrmann – Rezension zu ›H.J. Berman, Recht und Revolution‹; dazu wiederum H. Jakobs – Kirchenreform und Hochmittelalter, S. 211, bzw. G. Dilcher – Warum mittelalterliche Rechtsgeschichte heute?, S. 9 ff. Zum anfänglichen Verhältnis zwischen römischer Rechts- und Kirchenrechtswissenschaft H. Fuhrmann – Das Reformpapsttum und die Rechtswissenschaft, S. 194.

7 P. Koschaker – Europa und das römische Recht, S. 90 f. Ähnlich H.J. Berman, a.a.O. S. 215: »Diese Methode, die zuerst im frühen 12. Jahrhundert in der Theologie und der Rechtswissenschaft voll entwickelt wurde, geht von der absoluten Autorität bestimmter Bücher aus, die als Dokumente eines einheitlichen und vollständigen Lehrgebäudes zu verstehen waren; paradoxerweise geht sie aber auch davon aus, daß der Text Lücken wie auch Widersprüche enthalten kann, und als ihre Hauptaufgabe betrachtet sie die Vollendung des Textes, die Schließung von Lücken und die Auflösung von Widersprüchen.« Autoritativ vorgegebenes Normenmaterial, Notwendigkeit der Lückenschließung, Konstruktion einer einheitlichen Systematik, das sind im Recht unter den Stichworten Gesetzgebung – Rechtslücken – Einheit der Rechtsordnung bis heute präsente Themen. Vgl. zur scholastischen Grundlage mittelalterlicher Rechtswissenschaft G. Otte – Dialektik und Jurisprudenz; siehe auch H. Siems – Adsimilare, S. 150 f., und G. Dilcher – Der mittelalterliche Kaisergedanke als Rechtslegitimation, S. 160 f.; ders. – Warum mittelalterliche Rechtsgeschichte heute?, S. 10 f.

8 K. v. Eickels – Tradierte Konzepte in neuen Ordnungen, S. 98; vgl. A. Angenendt – Verschriftlichte Mündlichkeit, vermündlichte Schriftlichkeit, S. 22 f.; W. Hartmann – Autoritäten im Kirchenrecht und

thodisch verbunden sieht, wird von Paul Koschaker aber nicht nur die Essenz scholastischer Methode als ein Stück Wissenschaftsgeschichte auf den Punkt gebracht. Die neuen Techniken – voran das Rubrizieren – werden im 11. Jahrhundert intensiviert nicht zuletzt aus dem Bedürfnis nach Legitimation divergenter politischer Positionen. Es entstand eine »neue *logique de controverse*, die der Investiturstreit im Kirchenrecht provozierte«[9]: Ein und derselbe Rechtssatz konnte aus der Feder kaiserlicher oder päpstlicher Protagonisten zur Rechtfertigung kontradiktorischer politischer Forderungen herangezogen werden und zwar je nach der Systematik, in die der Satz plaziert wurde; der neue politisch-pragmatische Zugang blieb insgesamt für den Umgang mit Rechtssätzen nicht ohne Folgen: »In dieser Kampfsituation, die Stellungnahmen herausforderte, konnte ein bloßes Sammeln von Belegen allein keine befriedigende Lösung der aktuellen grundsätzlichen Streitfragen mehr herbeiführen. […] Mit ihren rubrizierten und systematisierten Rechtssätzen brachten die vorreformerischen Kanonessammlungen einen unübersehbaren Fortschritt […]«[10]. Dabei galt als wesentliches Prinzip die Unantastbarkeit des autoritativ überlieferten einzelnen Rechtssatzes, wodurch einhüllende, deutende und verweisende Erweiterungskonstruktionen geradezu provoziert wurden: Die Nuancierungen und politisch motivierten Bedeutungsverschiebungen ereigneten sich im Kontext, in den zusammenfassenden Rubriken, die Kern der Systematisierung waren und zugleich Vorläufer der Glossen, die später zu umfangreichen Apparaten ausgearbeitet worden sind[11].

Die Jurisprudenz des 16. bis 18. Jahrhunderts führt in gewisser Weise – soweit es das Verhältnis von Stoff und Ordnung angeht – nur fort, was scholastische Methodik vom Ausgang des 11. Jahrhunderts an nicht nur am theologischen, sondern auch und gerade am juristischen Rohmaterial demonstriert hat: Systematisierung durch einordnendes Sammeln, Ausmerzen von Widersprüchen und vornehmlich didaktisch moti-

---

Autorität des Kirchenrechts in der Salierzeit, S. 434; C.M. Radding – The Origins of Medieval Jurisprudence, S. 87 ff.

9 Ch.H.F. Meyer – Ordnung durch Ordnen, S. 319.

10 J.W. Busch – Vom einordnenden Sammeln zur argumentierenden Darlegung, S. 244 f. Busch führt die unterschiedliche politische Interpretation höchst illustrativ am Beispiel des berühmten Bibelzitats *Tu es Petrus et super hanc petram aedificabo ecclesiam meam* (Mt. 16, 18) aus.

11 »Grundsätzlich galt nämlich bei der einordnenden wie bei der argumentierenden Verwendung von Belegen, also in den Kanonessammlungen, wie in den Traktaten des 11. und frühen 12. Jahrhunderts, der einzelne Rechtssatz als unveränderbar. […] Der kurze, einen Begriff oder Sachverhalt bereits im Zitat erläuternde Zusatz kann dabei als Vorläufer der Glosse gelten […]«, a.a.O. S. 254. Zur Bedeutung der Rubrik als »Anfang moderner Systematik« siehe H.E. Troje – Wissenschaft und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts, S. 72.

viertes Zusammenstellen[12]. An der Wiege stand Hermeneutik, die zur Herstellung einer unbestreitbaren kanonisch-rechtlichen Basis eine Methodik zur ›Harmonisierung‹ des Rechts hervorbingen mußte, eine *consonantia canonum* (Ivo von Chartres) bzw. *concordantia discordantium canonum* (Gratian) oder, wie Stephan Kuttner es bezeichnet hat, eine »harmony from dissonance« der kanonischen Rechtsquellen[13]. Das rationale Gefüge, das auf diesem Weg konstruiert wird, tritt dem Material gewissermaßen ›von Außen‹ hinzu, das vielfältige Gewirr an Papstbriefzitaten, Konzilskanones, schriftlich zu fixierender Gewohnheit, biblisch fundiertem Gesetz, überlebendem römischen Recht, Textfragmenten der Kirchenväter usw. wird – um beim Beispiel der Kanonistik zu verweilen – integriert zum Korpus, zum *corpus iuris*, gewinnt im *Decretum Gratiani* klassische Gestalt[14], wird glossiert[15] und kommentiert, bis auch diese neuen Schichten in der *glossa ordinaria*[16] klassische Form annehmen, ohne daß

12 Joachim Ehlers sieht eine Wurzel der neuen Methodologie in der Selbstbehauptungsstrategie von vagierenden, nicht institutionengebundenen *magistri* im 12. Jh., die ihre Dienste auf dem ›freien Markt‹ anboten, von ihren Schülern bezahlt wurden und dabei – weil noch unorganisiert – weitgehend von Arbeitsbibliotheken abgeschnitten waren. Die Konkurrenzsituation und der Mangel an institutionellen Ressourcen bewirkte einen »milieuschaffenden Schub, der monastisch-meditative und materialgesättigte Studien von vorneherein ausschließen mußte«; J. Ehlers – Die Ordnung der Geschichte, S. 47.

13 »*Concordia discordantium canonum* may indeed be considered a motto which sums up the signal achievement of the medieval mind in organizing the law of the Church into a harmonious system out of an infinite variety of diverse, even contradictory elements.« S. Kuttner – Harmony from Dissonance, S. 3.

14 Nach einer These von Paolo Prodi war es für die künftige Entwicklung des kanonischen Rechts als eines eigenständigen juristischen *corpus* von entscheidender Bedeutung, daß die Entscheidung für den Ausgangspunkt auf das *Decretum* Gratians fiel und nicht auf die einige Dezennien ältere *Panormia* des Ivo von Chartres, die zu einem einheitlich kanonisch-römischen Recht in systematischer Form hätte führen können; P. Prodi – Eine Geschichte der Gerechtigkeit, S. 88 ff.

15 Die Glosse setzt den Prozeß der Widerspruchsreduktion des Materials fort und trägt auf ihre Weise bei »zur solutio contrariorum. Die Glossatoren standen, nicht anders als Gratian und Abaelard bei ihrem Bemühen um die Harmonisierung der kanonistischen bzw. theologischen Quellen, vor der Aufgabe, eine schichtige Tradition als widerspruchsfrei zu erweisen.« G. Otte – Logische Einteilungstechniken bei den Glossatoren des römischen Rechts, S. 167 f.

16 Zur *glossa ordinaria* des Johannes Teutonicus siehe W.M. Plöchl – Geschichte des Kirchenrechts Bd.2, S. 509 f., bzw. R. Weigand – Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus, S. 255 f. Nicht nur das kanonische, auch das römische Recht kennt seine *glossa ordinaria*, die des Accursius; dazu P. Koschaker – Europa und das römische Recht, S. 86; W. Sellert – Zur Rezeption des römischen und kanonischen Rechts in Deutschland von den Anfängen bis zum Beginn der Neuzeit, S. 128 f. Im weiteren Prozeß wurden aufbauend auf die *glossa ordinaria* des Accursius »einzelne, oft aus dem Zusammenhang gerissene Rechtssätze des römischen Rechts […] zu ›Rechtsprinzipien‹ erhoben. Aus diesen heraus wurde wiederum ›deduktiv argumentiert‹. Die ›systematischen Kategorien‹, die dem römischen Recht in starkem Maße fehlten, wurden spätestens jetzt geschaffen.« A.a.O. S. 130 f.

deshalb der Fluß des Kommentierens und Interpretierens abbräche. Später, ab der Wende vom 16. zum 17. Jahrhundert, kann als Synonym für *corpus* auch *syntagma* oder *systema* stehen, das zugleich auch den Platz von *summa* einnehmen kann. Dieses ›System‹ ist vorerst dem Entwicklungsstand nach kein ›inneres‹ in der Sache, d.h. dem Recht selbst gelegenes, sondern bezieht sich als Umgang mit Texten ganz auf die äußerliche Stoffordnung[17]. Die Systematisierungsmethodik als solche wird weiterentwickelt, aber nicht grundsätzlich ersetzt. So ist, bei allem Bemühen des neuzeitlichen Rationalismus, von der allzugroßer Starrheit gescholtenen Scholastik als modern sich abzugrenzen, die Vermutung, eine der Wurzeln moderner Rechtssystematik in einer gewissen Kontinuität von der *sic-et-non*-Methode ABAELARDS[18] über *summa*, Glosse, Postglosse zum systematischen Naturrecht im Zeitalter GROTIUS' oder PUFENDORFS zu sehen, so gewagt nicht[19]. Eine direkte, materiale Vermittlung scholastischen Naturrechtsdenkens hin zu GROTIUS erfolgte überdies durch die spanische Spätscholastik, namentlich die Schule von Salamanca[20].

---

17 »›Systema‹ wird seit etwa 1600 in theologischen und philosophischen Buchtiteln beliebt und dient dabei zur Bezeichnung eines geordneten schriftlichen Vortrages eines beliebigen zusammenhängenden Wissenschaftsgebietes. [...] Das Wort ›System‹ [wird] also gleichzeitig allgemein für Ordnungsleistungen im Bereich wissenschaftlichen Behauptens gebräuchlich.« F. Kambartel – ›System‹ und ›Begründung‹ als wissenschaftliche und philosophische Ordnungsbegriffe bei und vor Kant, S. 104 f. Siehe auch M. Rodriguez Molinero – Der Systembegriff im Recht, S. 340; J. Weitzel – Schriftlichkeit und Recht, S. 615. Zum Unterschied eines bloß ›äußeren Systems‹ des Rechts von einem ›inneren‹, d.h. dem Recht als »innerlich zusammenhängender Ordnung« C.-W. Canaris – Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, S. 19 bzw. 90 f.

18 Die Rolle Abaelards und seiner Methode, Widersprüchliches aus dem autoritativ Überlieferten nebeneinander zu stellen *(sic et non),* für die entstehende Rechtswissenschaft und namentlich das Werk Gratians zu überschätzen, davor warnt schon Martin Grabmann in ders. – Die Geschichte der scholastischen Methode, S. 215 ff.; Die schillernde Gestalt Abaelards soll hier darum auch nur stellvertretend für all die unbestreitbaren zur Moderne führenden Züge des 11. und frühen 12. Jahrhunderts stehen. Siehe zu Abaelards Bedeutung für die Entwicklung des Rechts auch S. Kuttner – Harmony from Dissonance, S. 8; F. Wieacker – Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 73 f.; P. Prodi – Eine Geschichte der Gerechtigkeit, S. 44 ff.; H. Meinhardt – Die Philosophie des Peter Abaelard, S. 111 ff.; K.v. Eickels – Tradierte Konzepte in neuen Ordnungen, S. 98 f.

19 Ein Bild der Kontinuität zeichnet W. Krawietz – Recht als Regelsystem, S. 27 f. Helmut Coing hingegen sieht in seiner 1956 gehaltenen Rektoratsrede zum Systemgedanken im Recht in der scholastischen »Harmonisierung der Texte mit Mitteln der Logik«, weil nach seiner Auffassung bloß auf Einzelprobleme gerichtet, gerade keinen Beitrag zur systematischen Jurisprudenz, sondern konstatiert eine große zeitliche Lücke zwischen der spätantiken Systematisierung und dem Wiederanknüpfen zur Zeit des Humanismus; H. Coing – Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft, S. 201 f.

20 Dazu K. Seelmann – Theologische Wurzeln des säkularen Naturrechts; H. Welzel – Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, S. 89 ff.; B. Tierney – The Idea of Natural Rights.

Freilich bleibt ein charakteristischer Unterschied und dieser tangiert die autoritative Eigenschaft des ›Rohmaterials‹. Während das in den scholastischen Texten sich niederschlagende Naturrecht zumindest bis Gregor von Rimini unbestritten fest verankert bleibt im göttlichen Willen[21], ist dem jüngeren rationalen Naturrecht die Gott zunehmend substituierende *Vernunft* Materialquell und Systemschöpfer in einem: »Das natürliche Recht hört auf, einfach ein Teil der gottgleichen *lex aeterna* zu sein. Und die menschliche Vernunft ist als Rechtsvernunft demzufolge nicht mehr nur der Ort, wo jenes ewige Gesetz des Weltschöpfers ohne die Offenbarung nur bruchstückhaft aufscheint, sondern vor allem das produktive Vermögen, die aus der Natur der Menschen und Dinge sich ergebenden Grundsätze des Zusammenlebens zu einem System der Rechtssätze zu entwickeln […]«[22]. Das *ius naturale* wird aus der *lex aeterna* gelöst[23], oder zumindest letzteres dem göttlichen Willen soweit entfremdet, daß es auch für Gott selbst keine nach Willkür disponible Größe mehr ist. Systembildung wird damit produktive Leistung der Vernunft an dem von dieser selbst als natürlichen erkannten Rechtssatz; *in praxi* hieß das natürlich weiterhin Systemweiterbildung vornehmlich an den beiden *corpora iuris*, dem überlieferten römischen und dem kanonischen Recht.

Das neuzeitliche Vernunftrecht offenbart abseits der ererbten Technik im Umgang mit Texten zugleich eine zweite Wurzel modernen Systemdenkens, den Hang des Zeitalters zu Mathematik und Geometrie. »Die Mathematik war die Leitwissenschaft des Jahrhunderts«, schreibt Michael Stolleis und weiter: »[…] ohne weiteres sprang der Gedanke, in mathematischen und geometrischen Figuren und Verhältnissen den Schlüssel der Welt in der Hand zu halten, auf die Gebiete der Sozialphilosophie und des Rechts über«[24]. Den *mos geometricus* auch in den Rechtsdisziplinen anzutreffen, darf darum nicht überraschen. Ansätze dazu finden sich bei Hugo Grotius[25]. Im Unterschied jedoch zum System als äußerer Ordnung eines Stoffes ist mit

21 In der realistischen Variante (Thomas von Aquin) scholastischen Naturrechtsdenkens ist der göttliche Wille dabei der göttlichen Vernunft unterworfen, in der voluntaristischen Gegenposition (Johannes Duns Scotus, William von Ockham) sind die Sozialnormen des Naturrechts direkt Ausdruck der *potentia Dei absoluta*; dazu H. Welzel – Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, S. 57–89. Durch Gregor von Rimini wird ein bedeutender Schritt im Prozeß der Autonomisierung des Naturrechts gesetzt, indem »die Geltung der sittlichen Werte hypothetisch von der Existenz Gottes – und zwar nicht nur von seinem Willen, sondern auch von seiner Vernunft, jedenfalls als *göttlicher* Vernunft – unabhängig gemacht [wird]«; H. Welzel, a.a.O. S. 94.

22 H. Hofmann – Hugo Grotius, S. 74.

23 Zum Verhältnis beider im scholastischen Naturrecht H. Welzel, a.a.O.

24 M. Stolleis – Condere leges et interpretari, S. 191 f. mit weiterer Literatur.

25 W. Röd – Geometrischer Geist und Naturrecht, S. 70 ff. Zum Systemgedanken bei Grotius und Hobbes M. Riedel – Artikel ›System, Struktur‹ *(Geschichtliche Grundbegriffe),* S. 298 ff.

dem mathematischen Vorbild eines axiomatischen Systems eine wesentlich intensivere Form von ›System‹ angesprochen[26]. Die zwingende Herleitung von Rechtssätzen mit Mitteln der Logik aus wenigen grundlegenden Begriffen ist ein anspruchsvolles Konzept, wenn auch offenbar dem Recht nicht wirklich angemessen[27]. Mathematisch inspiriert ist auch die der Deduktion vorangehende Methode der Analyse[28], mit der das juristische Ausgangsmaterial *quasi* ›chemisch‹ aufgeschlossen wird, um nachfolgender Synthese zugänglich zu sein. Die nachhaltige Vermittlung dieses Problemzugangs für mehr als ein Jahrhundert gelingt Samuel Pufendorf[29]: für ihn »galten die ›moralischen Disziplinen‹ im allgemeinen als Wissenschaften im zeitgenössischen Sinne des Wortes, d.h. als Systeme von Sätzen, die aus evidenten Prinzipien nach einheitlicher Methode abgeleitet werden und die ebenso unzweifelhaft gewiß sind wie die Sätze der Mathematik«[30]. Die Nachhaltigkeit bezieht sich auf den Willen zum System und auf die axiomatische Struktur, die Idee einer juristischen Mathematik oder Geometrie des Rechts blieb indes Episode[31]: das Naturrecht, so wurde resümiert, gelangte in eine Phase »unbedingten Systemwillens, der in Christian Wolff kulminierte und scheiterte«[32]. Das deduktive System ist dabei – wie betont werden muß – keines von Normen, weder naturrechtlichen noch positivrechtlichen, sondern immer noch eines von Sätzen und Begriffen und das bleibt grundsätzlich so bis ins 19. Jahrhundert[33]. Wir sind noch sehr weit entfernt von der Vorstellung, daß die

26 Die Frühzeit der juristischen Axiomatik im 16. Jahrhundert wird angesprochen in H.E. Troje – Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts, S. 86.

27 Zur Brauchbarkeit der Idee eines axiomatisch-deduktiven Systems des Rechts C.-W. Canaris – Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, S. 25 ff., bzw. K. Larenz – Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 166.

28 Th. Kobusch – Die Entdeckung der Person, S. 67 ff.

29 N. Hammerstein – Samuel Pufendorf, S. 176 ff.

30 W. Röd, a.a.O. S. 83. Siehe auch C.E. Alchourrón, E. Bulygin – Normative Systeme, S. 100.

31 »[…] hat Pufendorf das Programm des Grotius, ein allseitiges System des Naturrechts zu entwickeln, wirklich durchgeführt. Sein ungewöhnlich starker Systemwille […] wirkt in der starken Systemtendenz der deutschen Rechtswissenschaft noch heute nach […]«, H. Welzel – Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, S. 140. »Rationalität, damit zugleich Berechenbarkeit nach der Art der Mathematik, wollte Pufendorf in die Jurisprudenz einführen. […] Sein Programm blieb Illusion. […] Auch Christian Wolff hat das ein Leben lang verfolgte Ziel: *mos mathematicus* für die Jurisprudenz nicht erreicht.« H.E. Troje, a.a.O. S. 68.

32 G. Dilcher – Gesetzgebungswissenschaft und Naturrecht, S. 2.

33 In der Beschreibung der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts findet sich darum das komplementäre Urteil: »Es handelt sich um eine untergründige Weiterbildung des vernunftrechtlichen Systemdenkens *more geometrico*, wenn Puchta die Rechtssätze in einem systematischen Zusammenhang, einer Genealogie der Begriffe sieht; durch Fortführung und Differenzierung der reinen Deduktion kann das wissenschaftliche Denken des Juristen in diesem System produktiv, d.h. zur eigenen Rechtsquelle werden.« G. Dilcher – Der rechtswissenschaftliche Positivismus, S. 509.

Menge zu einem bestimmten Zeitpunkt geltenden positivrechtlichen Normen eines Staates, deren Einheit durch den gemeinsamen ›Stammbaum‹ konstituiert ist, ein ›System‹ – ein ›Normensystem‹ – bilden könnten.

Hinzu kommt, daß der Charakter der Systembildung nicht nur der einer *äußeren*, sondern dem typischen Sprachgebrauch des Zeitalters folgend auch der einer *hypothetischen* Ordnung ist. Beispiel dafür ist der astronomische Vertreter der Systembildung, das Weltsystem *(systema mundi),* das für sich – egal ob nun in der ptolemäischen, der kopernikanischen Variante oder der Tycho de Brahes – nur in Anspruch nimmt, die Fülle phänomenaler Bewegungsdaten in eine hypothetische Ordnung zu bringen[34]. In dieser naturwissenschaftlichen Verwendung des Begriffs wird kein Bezug zur ontologischen Ordnung der Welt selbst hergestellt[35]. Diese Facette des Systemgedankens ist z.T. auch Merkmal des juristischen Systembegriffs und hat sich dort bis ins 20. Jahrhundert erhalten, wo eine erkenntnistheoretische Distanz der Rechtswissenschaft zu ihrem Gegenstand reflektiert wird und dieser Gegenstand in den positiven Normen gesehen wird, wie in der *Reinen Rechtslehre* von Hans Kelsen: »So wie das Chaos sinnlicher Wahrnehmungen erst durch die ordnende Erkenntnis der Wissenschaft zum Kosmos, d.h. zur Natur als einem einheitlichen System wird, so wird die Fülle der von den Rechtsorganen gesetzten generellen und individuellen Rechtsnormen, das in der Rechtswissenschaft gegebene Material, erst durch die Erkenntnis der Rechtswissenschaft zu einem einheitlichen, widerspruchslosen System, zu einer Rechts-Ordnung«[36]. In der Tradition des neuzeitlichen Systembegriffs steht Kelsen auch dadurch, daß in die Systemeigenschaft des Rechts, wie überhaupt dessen Einheit als Leistung des vernünftig erkennenden Subjekts angesehen wird, die Rechtsgeltung nur als Hypothese eingeht[37]. Bei Pu-

34 Der Begriff findet sich z.B. im Titel der galileischen Schrift *Dialogo sopra i due massimi sistemi del mondo* von 1632. Zum *systema mundi* M. Riedel – Artikel ›System, Struktur‹ *(Geschichtliche Grundbegriffe),* S. 294 ff.; W. Krawietz – Recht als Regelsystem, S. 65 f.; W. Fikentscher – Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung Bd. IV, S. 97 f.

35 »Das Wort ›System‹ verliert […] seinen real-kosmologischen Sinn. Es bedeutet nunmehr weniger Bau und Ordnung der Welt selbst oder die dem Kosmos ordnunggebende Konstruktion des Weltschöpfers, als vielmehr die in Rede und Bild vom Menschen entworfene Konstruktion zur Ordnung und ordnungsstiftenden Beschreibung der phänomenalen Gestirnbewegungen.« F. Kambartel – ›System‹ und ›Begründung‹ als wissenschaftliche und philosophische Ordnungsbegriffe bei und vor Kant, S. 104.

36 H. Kelsen – Reine Rechtslehre, S. 74. Der angesprochene erkenntnistheoretisch distanzierte Blick auf den Gegenstand mangelt anderen Rechtstheorien vielfach, die wie z.B. H.L.A. Hart *(The Concept of Law)* oder Hans Nawiaski *(Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe)* dem Recht umstandslos Systemcharakter als Sacheigenschaft zuschreiben.

37 »Das Sollen des positiven Rechtes kann stets nur ein *hypothetisches* sein. Und dies ergibt sich mit Notwendigkeit aus der Natur des das positive Recht vom Naturrecht unterscheidenden *Geltungsgrundes*.«

FENDORF dagegen versteht sich das axiomatisch-deduktive System des rationalen Naturrechts als eines aus gesicherten Grundannahmen[38]. Da es sich beim positiven Recht, den *leges humanae*, nach dem Verständnis jener Zeit nur um ein das Naturrecht ergänzendes Recht handelt (so schon definiert bei THOMAS VON AQUIN[39]), kann es auch nicht in die Systematik des deduktiven Zusammenhangs hineingenommen werden; es hat ja den Mangel, in der Beschränktheit der Zeit dort ersatzweise zu dienen, wo das eigentliche Recht sich dem Erkennen durch die Vernunft entzieht – das vorrangige Naturrecht mutiert aus der Perspektive des sich ausweitenden positiven Rechts zum bloßen Verwerfungsmaßstab[40].

Trotzdem verändert der Systemwille im Naturrecht, auch wenn die axiomatische Struktur nach ihrer Kulmination im 19. Jahrhundert (z.B. in PUCHTAS »Begriffspyramide«) wieder an Bedeutung verliert, auf lange Sicht die Systematisierungsmöglichkeit des positiven Rechts, und zwar im Zusammenspiel mit einer Entwicklung, die als »révolution sémantique«[41] bezeichnet wurde, nämlich die Erfindung des ›subjektiven Rechts‹. Die ursprüngliche Zuschreibung dieser Denkfigur an WILLIAM VON OCKHAM ist zwar zwischenzeitlich revidiert worden[42] und die ›semantische

H. Kelsen – Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts und des Rechtspositivismus, S. 285 f. Die vom Menschen gesetzte Zwangsordnung deutet die Reine Rechtslehre »normativ, das heißt: als ein System von Sollvorschriften. Da ein Sollen letztlich wissenschaftlich nicht erkennbar ist, kann eine normative Deutung, das heißt, eine Behandlung der Anordnungen als Soll-Anordnungen nur erfolgen, wenn eine Hypothese zugrunde gelegt wird, wonach die Anordnungen der zu beschreibenden Ordnung gesollt sind. […] Jene Hypothese […] ist die Grundnorm.« R. Walter – Der Aufbau der Rechtsordnung, S. 14.

38 »Eine weitere Bedingung, die nach Pufendorf für jedes wissenschaftliche System gilt, bezieht sich auf die axiomatischen Voraussetzungen, aus denen die Sätze der betreffenden Wissenschaft abzuleiten sind. Diese Grundsätze oder Prinzipien (Axiome, ›erste Sätze‹) dürfen nicht als hypothetische Voraussetzungen *(›non ex sola concessione aut ex hypothesi‹),* sondern müssen als gesicherte Wahrheiten aufgefaßt werden.« W. Röd – Geometrischer Geist und Naturrecht, S. 85; siehe auch Th. Kobusch – Die Entdeckung der Person, S. 69 f.

39 *Summa Theologiae* Ia IIae 91,3; dazu H. Welzel, a.a.O. S. 59; S. Breuer – Sozialgeschichte des Naturrechts, S. 67 f.; S. Gagnér – Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung, S. 187 ff.

40 Diese Additionalität des positiven Rechts lebt selbst dort noch fort, wo das positive Recht längst dem Naturrecht den Rang abgelaufen hat, dadurch, daß bestritten wird, beide könnten ein gemeinsames System bilden, nur mit dem Unterschied, daß ausgeschlossen nunmehr das Naturrecht ist. System ist jetzt allein das positive Recht, das Naturrecht findet sich in die mehr oder minder systematische Sphäre der Moral exiliert. Siehe H. Nawiaski – Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, S. 29.

41 M. Villey – La formation de la pensée juridique moderne, S. 261.

42 Aufgebracht von Michel Villey ist diese Zuschreibung (die sich z.B. in N. Luhmann – Subjektive Rechte, S. 55, übernommen findet) von Brian Tierney zurückgewiesen worden (B. Tierney – Villey, Ockham

Revolution‹ einem allmählichen Entstehen gewichen, dennoch ist die neuzeitliche Wendung ins Subjektive in Verbindung mit der im Naturrecht erstarkten Systematisierung im Recht entscheidendes Vorspiel für späteres Rechtssystemdenken: die Konstruktion des bürgerlichen Rechts als ein System von ›Ansprüchen‹ (subjektiven Rechten[43]) wurde hier präfiguriert wie auch die Idee eines grundlegenden Systems subjektiver Menschenrechte (Naturrechte) als Fundament von Recht und Staat.

Für die Einbeziehung auch des positiven Rechts in den Prozeß der Systembildung ist ein Blick auf eine dritte Wurzel des Systemgedankens von Nutzen. Die im Spätmittelalter und in der frühen Neuzeit wachsende Bedeutung der Gesetzgebung führte zu einer veränderten Haltung des Juristen zum Recht, insbesondere zu den Normen positiven Rechts, und damit verbunden zum Verständnis seiner eigenen Tätigkeit. Zunächst ist zu beobachten, daß in Konkurrenz zur traditionellen Zuweisung des praktischen Umgangs mit Recht zur *prudentia* im Gefolge der Einteilung durch Aristoteles in der *Nikomachischen Ethik* die Vorstellung einer Rechts-Wissenschaft *(scientia)* auftaucht[44]. Bedeutet dieser Gedanke für sich schon die Möglich-

---

and the Origin of Individual Rights), der zahlreiche Belege für eine subjektiv konnotierte Verwendung des Begriffs *ius* im 12. und 13. Jahrhundert liefert und auch für die Verklammerung von *ius* und *potestas*. Ergänzen ließe sich hier, daß dem Früh- und Hochmittelalter vielschichtige Bedeutungen von *ius* geläufig waren, darunter auch die synonyme Verwendung von *ius* und *potestas* bzw. *dominium* in genau dem subjektivrechtlichen Verständnis, das lange erst dem 14. Jahrhundert zugeschrieben wurde (siehe dazu die Belege in G. Köbler – Das Recht im frühen Mittelalter). Wie anders, denn als subjektives Recht, soll im übrigen auch z.B. ein königliches *ius regnandi* zu verstehen sein? So wird in der Rechtsgeschichte auch das gerade umgekehrte Verhältnis von *objektiv* und *subjektiv* im Begriff *ius* und der zeitliche, wie sachliche Vorrang des letzteren vertreten: *ius* ist z.B. nach Ansicht von Ruth Schmidt-Wiegand »während des Mittelalters von einer Bezeichnung für das subjektive Recht zu einer Bezeichnung auch für das objektive, also das normative Recht [geworden]« (dies. – Recht und Gesetz im Spannungsfeld zwischen Schriftlichkeit und Mündlichkeit im Mittelalter, S. 155); ähnlich die Reduktion objektiven Rechts auf eine Gemengelage subjektiver Rechte in der Auffassung Fritz Kerns; ders. – Recht und Verfassung im Mittelalter, S. 72. Zur Existenz subjektiver Rechte im Mittelalter und zur Kontroverse Tierney/Villey: Th. Kobusch – Die Entdeckung der Person, S. 33 f.; P. Landau – Die ›Duae leges‹ im kanonischen Recht des 12. Jahrhunderts, S. 61 FN 20; K.W. Nörr – Zur Frage der subjektiven Rechte in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft; K. Pennington – The History of Rights in Western Thought; A. Guzmán Brito – Historia de la denominación del derecho-facultad como ›subjetivo‹.

43 »[Puchtas] System ist kein solches von Normen, sondern von subjektiven Rechten […]«, H. Coing – Der juristische Systembegriff bei Rudolf von Ihering, S. 151.

44 H.E. Troje – Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts, S. 63 f. Die Gegnerschaft zu diesem Übergang von der *prudentia* zur *scientia* im Recht ist bis ins 20. Jahrhundert zu verfolgen (z.B. bei Eugen Ehrlich): »So haben die Gegner des Systemdenkens denn in der Tat der Jurisprudenz teilweise in folgerichtiger Durchführung ihres Grundansatzes den Wissenschaftscharakter abgesprochen und ihr lediglich den Rang einer Art ›technischen Kunstlehre‹ zuerkannt.« C.-W. Canaris

keit der Thematisierung von Recht außerhalb der praktisch-philosophischen Handlungstradition, so formt parallel zu dieser Entwicklung die Idee der Souveränität – da nach deren erstem großen Theoretiker, Jean Bodin, die effektive und von den Ständen unabhängige Herrschaft über die Gesetzgebung für den Souverän unabdingbar ist[45] – einen neuen Typus des modernen Juristen, »dessen Entscheidungen von persönlicher Haltung und Moral gelöst ausschließlich rational aus System und Gesetz abgeleitet sein wollen oder sollen«[46]. Das klassische Bild dieses durch französisches Souveränitätsdenken geprägten Juristentypus wurde von Carl Schmitt gezeichnet: »Der französische Legist ist danach der erste moderne Jurist überhaupt. Er beseitigt die irrationalen, nämlich die charismatischen und traditionalistischen Arten der überkommenen religiösen, feudalen und patrimonialen Legitimität; er ersetzt sie durch die rationale Berechenbarkeit generell vorbestimmter gleichmäßig funktionierender Zwangsnormen eines Gesetzgebers, verwandelt also, gemäß einer inneren Folgerichtigkeit dieses occidentalen Rationalismus, die Legitimität in bloße Legalität«[47]. Die Öffnung des positiven Rechts für die Systematisierung wurde auch außerhalb Frankreichs vorangetrieben durch die Reflexion über die Geltungsgrundlage von Recht im *usus modernus pandectarum*[48]. Die Widerlegung der sogenannten ›Lotharingischen Legende‹[49], der Behauptung, Kaiser Lothar III. habe 1137 das Römische Recht förmlich in Kraft gesetzt, durch Hermann Conring[50], führte

---

– Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, S. 14. Siehe auch C.E. Alchourrón, E. Bulygin – Normative Systeme, S. 102.

45 »Es zeigt sich also, daß das Wesen der souveränen Macht und absoluten Gewalt vor allem darin besteht, den Untertanen in ihrer Gesamtheit ohne ihre Zustimmung das Gesetz vorzuschreiben [...] Es ist also notwendig, daß der souveräne Fürst es ebenso in seiner Macht hat, die Gesetze von Fall zu Fall zu ändern, wie nach dem Rechtsgelehrten Sextus Caecilius der erste Steuermann das Steuer halten und nach seinem Gutdünken lenken können muß [...]«, J. Bodin – Sechs Bücher über den Staat, I, 8, S. 222 f.; siehe auch Kap. I, 10. Dazu H. Quaritsch – Souveränität, S. 46 ff.; M. Stolleis – Condere leges et interpretari; A. Cremer – Die Gesetzgebung im Frankreich des 16. und 17. Jahrhunderts; W. Ebel – Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, S. 69. H. Mohnhaupt – Gesetzgebung des Reiches und Recht im Reich vom 16. bis 18. Jahrhundert, S. 88: »In den absolutistisch orientierten Monarchien Europas wird ›Absolutismus‹ dadurch definitionsfähig, daß der Herrscher alle die genannten gesetzgeberischen Einzeltätigkeiten allein in seiner Hand zu vereinigen sucht, also das Gesetzgebungsmonopol im Kampf mit den Ständen erobert, wie es Ferdinand II. (1627) in Böhmen gelungen war [...]«.

46 H.E. Troje, a.a.O. S. 67.

47 C. Schmitt – Die Formung des französischen Geistes durch den Legisten, S. 189 f.

48 Zum *usus modernus pandectarum* F. Wieacker – Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 204 ff.

49 S. Gagnér – Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung, S. 115.

50 G. Dilcher – Der mittelalterliche Kaisergedanke als Rechtslegitimation, S. 153 FN 4, mit weiterführender Literatur.

nicht nur zu einer Rehabilitierung des älteren ›deutschen‹ Rechts, sondern zwang implizit auch zu einer Neufundierung der Geltungsbedingungen: einzig Gesetzgebung oder Rechtsgewohnheitsbildung kommen nunmehr als reale historische Vorgänge dafür in Betracht, Recht zu begründen, nicht aber vermeintliche Autorität als altes Kaiserrecht oder die Patina generationenlanger Lehrtradition[51]. Praktische Wirksamkeit in Richtung gesteigerter Systematik im Recht war zuvor im 16. Jahrhundert im Reich schon dadurch gegeben, daß die Redaktion von Gesetzen auf der Ebene der Territorialstaaten den Spezialisten (des *usus modernus*) überlassen wurde. Obwohl »die Gesetzgebung an der Schwelle zur Neuzeit der Befestigung und Berichtigung des bestehenden, keineswegs der Einführung neuen Rechts diente«[52], also insgesamt konservativen Charakter trug, war damit durch den wissenschaftlichen Anspruch der ›gelehrten Räte‹ eine (vielleicht an späteren Maßstäben gemessen bescheidene, aber doch spürbare) Intensivierung der Rechtssystematik verbunden. Ein zentraler Topos der Gesetzgebungsdiskussion jedenfalls war, ein *ius certum* zu gewinnen[53]. Weitere bestimmende Momente liegen in der Ausbildung einer Polizeywissenschaft[54] und einer mit der Idee eines rationalen Staatsaufbaus und dem Naturrecht verbundenen Gesetzgebungswissenschaft[55], in deren Konsequenz die Systematisierung des positiven Rechts lag, zuletzt verwirklicht in den großen Naturrechtskodifikationen: Gesetzgebung ist in diesem Blickpunkt nichts als die Transformation von Naturrecht in positives Recht unter den besonderen Bedingungen des Staates und damit Instrument zur Systembildung für beide, Recht und Staat[56].

---

51 »Im Usus modernus tritt ein neues Verständnis für das Problem der Rechtsgeltung zutage, indem sich der Rechtspositivismus des 19. Jahrhunderts ankündigt.« D. Willoweit – Der Usus modernus oder die geschichtliche Begründung des Rechts, S. 231; weiter auf S. 245: »Doch, ob Gesetz oder Gewohnheit – einen geltungsbegründenden oder geltungsaufhebenden Akt oder Vorgang mußte nachweisen, wer sich auf die Verbindlichkeit von Recht der einen oder anderen Art berufen wollte. Aus den Autoritäten der juristischen Literatur konnten Normen nicht mehr hergeleitet werden. [...] Die jetzt allein mögliche Rechtsbegründung war eine solche geschichtlicher Art.« Siehe auch H.E. Troje – ›Verwissenschaftlichung‹ und humanistische Jurisprudenz.

52 G. Schiemann – Usus modernus und Gesetzgebung, S. 161.

53 A.a.O. S. 162.

54 Dazu H. Maier – Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre; M. Stolleis – Veit Ludwig von Sekkendorff.

55 »Die Suche nach Rechtseinheit, Rechtsgleichheit und Gleichförmigkeit des Rechts in Gestalt neuer Gesetzgebung signalisierte zugleich eine neue Staatsauffassung mit den Elementen der Zentralisierung der Staatsgewalt sowie der Egalisierung und Generalisierung des Rechts im Staat.« H. Mohnhaupt – Gesetzgebung des Reichs und Recht im Reich vom 16. bis 18. Jahrhundert, S. 105; zur Gesetzgebungswissenschaft siehe G. Dilcher – Gesetzgebungswissenschaft und Naturrecht.

56 D. Klippel – Die Philosophie der Gesetzgebung, S. 236 f. Zu einfach für den komplexen Übergang von

*Der juristische Systembegriff im 19. Jahrhundert*

Nach HELMUT COING müssen für das 19. Jahrhundert drei Bedeutungen des Wortes System unterschieden werden: »[1.] System als subjektive planmäßige Ordnung eines gegebenen Stoffs; [2.] System als Spiegelung einer objektiven Ordnung der Dinge; [3.] System als deduktiver Begründungszusammenhang von Sätzen«[57].

Diese Unterscheidung gibt weder eine Klasseneinteilung wieder, noch trifft sie in ihrer Nüchternheit ganz die am Anfang des 19. Jahrhunderts verbreitete Emphase für Systeme im allgemeinen und philosophische im besonderen, zumal in Deutschland, woselbst nach HEGELS Diktum »gerade das Systematisieren, d.h. das Erheben ins Allgemeine, der unendliche Drang der Zeit ist«[58]. Alles was sich über das Absolute – Objekt und Subjekt dieser Philosophie – jenseits dessen, daß es Identität sei, sagen läßt, wird, zunächst von FICHTE und SCHELLING, dann von HEGEL, in Systemen entwickelt[59]. Streng genommen ist dabei eine Pluralität von Systemen gar nicht möglich, denn die auf der dem Subjekt unmittelbar zugänglichen Identität des Ich = Ich gegründete Philosophie dieser Zeit[60] entwickelt alles Wissen aus einem ein-

naturrechtlichen zu positivrechtlichen Systemen erscheint die Sichtweise in C.E. Alchourrón, E. Bulygin – Normative Systeme, S. 101: »Die dogmatische Rechtswissenschaft behält zwar die deduktive Struktur bei, wendet sich aber entschieden gegen das Evidenzpostulat und verwirft Prinzipien des Naturrechts, die sie durch die vom Gesetzgeber erlassenen Normen (das positive Recht) ersetzt. […] die Axiome des Rechtssystems sind nicht mehr evidente, unveränderliche Prinzipien des Naturrechts, sondern kontingente, von Menschen gesetzte Normen.«

57 H. Coing – Der juristische Systembegriff bei Rudolf von Ihering, S. 149; Kritik daran bei W. Fikentscher – Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung Bd. IV, S. 93. Allgemein definiert Helmut Coing System als »die Ordnung von Erkenntnissen nach einem einheitlichen Gesichtspunkt«; weiter heißt es, daß »im strengen Sinn von einem System sogar nur gesprochen werden [kann], wenn […] die Einzelaussagen sich also als logische Folgerungen aus gewissen Grundannahmen deduktiv ableiten lassen.« H. Coing – Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft, S. 191. Immer wieder bei der Auswertung seines Zettelkastens scheint über diese Definition Niklas Luhmann gestolpert zu sein, um sich an ihr zu stoßen (z.B. N. Luhmann – Die Einheit des Rechtssystems, S. 129 oder in ders. – Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang, S. 194, dort als typisch für den »analytischen Systembegriff« in der Rechtswissenschaft, weiters in ders. – Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie, S. 242 ff.). In seiner Kritik verlangt Luhmann, »Systeme nicht länger, wie in der rechtswissenschaftlichen Systemlehre üblich, als Einheit eines logischen oder wertmäßigen Prinzips zu definieren […], sondern sie als Einheit einer selektiven Leistung zu begreifen.« N. Luhmann – Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang, S. 200.

58 G.W.F. Hegel – Grundlinien der Philosophie des Rechts (*§ 211 Zusatz*), S. 364.

59 Dazu V. Hösle – Hegels System, S. 47 ff.

60 Das gilt freilich nicht für Hegel, für den die Annahme, seine Philosophie gründe in der Identität des Selbstbewußtseins, ein Mißverständnis wäre.

zigen Grundsatz heraus in der Weise »daß nur ein einziges System im menschlichen Wissen seyn könne«[61]. Diese »totalitäre Tendenz zum Systematisieren«[62], die Herz und Ursprung in der idealistischen Philosophie hat, schwappt dabei gewissermaßen über auf andere Disziplinen und läßt auch die Rechtswissenschaft nicht unaffiziert, wie sich am Beispiel des Einflusses auf FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY nachzeichnen läßt[63]. Wenn etwa SCHELLING im Vorwort seines *Systems des transcendentalen Idealismus* schreibt: »Der Zweck des gegenwärtigen Werkes ist nun eben dieser, den transcendentalen Idealismus zu dem zu erweitern, was er wirklich seyn soll, nämlich zu einem *System des gesammten Wissens* [...] durch die Ausdehnung seiner Principien auf alle möglichen Probleme [...]«[64], dann ist damit zugleich die Folie verbalisiert, vor der Formulierungen aus SAVIGNYS *Marburger Methodenlehre* von 1802/3 zu lesen sind, Sätze wie z.B.: »Alles System führt auf Philosophie hin«[65] oder »Das einzelne, das in der philosophischen Bearbeitung als einzeln erkannt wird, muß zugleich als ein Ganzes gedacht werden [...]«[66]. Das System zielt (in der Philosophie wie im Recht) auf ein Ganzes, ein wahres Ganzes, das Vehikel vom Gegebenen, vom Gesetzestext dorthin ist die Interpretation mit ihrem »dreifachen Bestandteil [...] einem logischen, grammatischen und historischen«[67]; die Interpretation erhellt die Bedeutung einer Textstelle für das Ganze des Rechts, das sich wiederum nur im System zeigt[68]; SAVIGNY spricht von einer »vollständigen absoluten Methodologie«[69], beste-

---

61 J.G. Fichte – Über den Begriff der Wissenschaftslehre, S. 60; vgl. dazu M. Frank – ›Unendliche Annäherung‹, S. 188 ff.

62 C. Schmitt – Das ›Allgemeine Deutsche Staatsrecht‹ als Beispiel rechtswissenschaftlicher Systembildung, S. 168.

63 Dazu ausführlich J. Rückert – Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny; D. Nörr – Savignys philosophische Lehrjahre.

64 F.W.J. Schelling – System des transcendentalen Idealismus, S. 398 (Hervorhebungen nicht im Original).

65 F.C.v. Savigny – Juristische Methodenlehre (1802/3), S. 48, mit nachfolgendem Bezug auf die Rechtsphilosophie Fichtes.

66 A.a.O. S. 16. Zum Einfluß Schellings auf Savigny S. Gagnér – Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung, S. 34 ff. Gegen eine direkte Beeinflussung Savignys durch Schelling spricht sich A. Hollerbach – Der Rechtsgedanke bei Schelling, S. 314 ff., aus. Kritik an dieser Auffassung in E.-W. Böckenförde – Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts, S. 23 FN 39.

67 F.C.v. Savigny, a.a.O. S. 19. Im *System des heutigen Römischen Rechts* sind es dann mit der *systematischen Interpretation* vier Elemente. Vgl. R. Schmidt-Wiegand – Sprache, Recht, Rechtssprache bei Franken und Alemannen vom 6. bis zum 8. Jahrhundert, S. 144 ff.; dies. – Jacob Grimm und das genetische Prinzip in Rechtswissenschaft und Philologie.

68 K. Larenz – Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 12.

69 F.C.v. Savigny – Juristische Methodenlehre (1802/3), S. 17.

hend aus (1) Philologie (»Interpretation ist also vorerst: Rekonstruktion des Inhalts des Gesetzes«[70]), (2) historischem und (3) systematisch-philsophischem Teil, wobei das historische Moment in der Systemkontinuität selbst lebendig bleibt: »Man muß das System im Ganzen nehmen und es sich als fortschreitend denken, d.h. als Geschichte des Systems der Jurisprudenz im ganzen, hierauf kommt alles an«[71].

Der Systembegriff, wie er in der *Marburger Methodenlehre* von 1802/3 vorgestellt wird, knüpft unmittelbar an Formulierungen KANTS an, der in jener Zeit so etwas wie eine Referenzgröße für Wissenschaftlichkeit darstellt; in KANTS *Metaphysischen Anfangsgründen der Naturwissenschaft* (1786) definiert dieser ›System‹ allgemein als »ein nach Prinzipien geordnetes Ganze[s] der Erkenntnis«, wobei jene Prinzipien »entweder Grundsätze der empirischen oder rationalen Verknüpfung der Erkenntnisse in einem Ganzen sein können«[72]. KANT unterscheidet dann näher klassifikatorische Systeme (»historische Naturlehre«[73]) und Systeme, die einen Begründungszusammenhang darstellen[74]. Im berühmten 3. Hauptstück der *Transzendentalen Methodenlehre* der *Kritik der reinen Vernunft* (dem eigentlichen Ort seiner ›Systemtheorie‹) definiert KANT Architektonik als »Kunst der Systeme« und schreibt: »Ich verstehe unter einem Systeme die Einheit der mannigfaltigen Erkenntnisse unter einer Idee. Diese ist der Vernunftbegriff von der Form eines Ganzen, so fern durch denselben der Umfang des Mannigfaltigen so wohl, als die Stelle der Teile untereinander, a priori bestimmt wird«[75]. Es ist die so verstandene systematische Einheit, die »gemeine Erkenntnis allererst zur Wissenschaft, d.i. aus einem bloßen Aggregat derselben ein System macht«[76]. Ein System, dessen Schema nicht nach einer Idee entworfen wird, »sondern empirisch, nach zufällig sich darbietenden Absichten« gibt demgegenüber bloß »technische« Einheit[77]. SAVIGNY bleibt begrifflich ganz innerhalb dieser Grenzen, wenn er schreibt: »systematische Bearbeitung der Jurisprudenz [...] würde von sehr geringem Werte sein, wenn sie ein bloßes Fachwerk, ein beque-

70 A.a.O. S. 18.

71 A.a.O. S. 32.

72 I. Kant, a.a.O. A IV; zur Bedeutung Kants für die Systembildung im Recht W. Krawietz – Recht als Regelsystem, S. 66ff.; W. Fikentscher – Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung Bd. IV, S. 95f.

73 I. Kant, a.a.O. A V.

74 Dazu F. Kambartel – ›System‹ und ›Begründung‹ als wissenschaftliche und philosophische Ordnungsbegriffe bei und vor Kant, S. 105f., und ders., Diskussionsbeitrag in: H. Coing – Der juristische Systembegriff bei Rudolf von Ihering, S. 179.

75 I. Kant, a.a.O. B 860.

76 A.a.O.

77 A.a.O. B 861. Dazu F. Kambartel, a.a.O. S. 110ff.

mes Aggregat der Materien lieferte […] soll sie wahres Verdienst haben, muß ihr innerer Zusammenhang eine Einheit produzieren. […] Die Darstellung eines bloß historischen Systems führt auf eine Einheit, auf ein Ideal, worauf sie sich gründet, hin. Und dies ist Philosophie«[78]. Die heutige Einschätzung des Werkes Savignys betont die Kontinuität, so daß Grundpositionen, wie sie 1802 unter dem frischen Eindruck der Schriften Kants und Fichtes sowie der persönlichen Begegnung mit Schelling in Jena konzipiert wurden, auch noch für sein Spätwerk *System des heutigen römischen Rechts* (1840) Gültigkeit behalten, darunter »der Anspruch auf ein ›absolutes‹ System (1802), der 1840 nicht wörtlich ausgesprochen, aber eingelöst wurde«[79].

Am Systembegriff Savignys ändert sich nichts Grundsätzliches[80], Kennzeichen bleiben die ›innere Einheit‹ und das ›produktive Hervorbringen‹: »Ich setzte das Wesen der systematischen Methode in die Erkenntniß und Darstellung des inneren Zusammenhangs oder der Verwandtschaft, wodurch die einzelnen Rechtsbegriffe und Rechtsregeln zu einer großen Einheit verbunden werden«[81], heißt es 1840. Das System sodann, dessen Elemente in ihrem »inneren Zusammenhang« (gewarnt wird wieder davor, systematische Behandlung mit »äußerer Anordnung« gleichzusetzen) »ein organisches Ganze[s]« bilden, ist primär keines von Rechtsnormen, Rechtsregeln oder Rechtssätzen. Rechtsregeln haben zwar ihre Funktion im System, nehmen jedoch nicht die zentrale Position ein, die Begriffe, um die sich alles dreht, sind das *Rechtsverhältnis* und das *Rechtsinstitut*[82]. Neben der horizontalen Gliederung der Systemstruktur (vom einzelnen Recht aufsteigend über Rechtsregel bzw. *Rechtsverhältnis* zu *Rechtsinstitut* und zum *organischen Rechtssystem*) ist die Besonderheit die vertikale Gliederung, gewissermaßen ein zweifacher Zugang zur Sache, einmal subjektiv-konkret den Lebenssachverhalten zugewandt und das andere mal objektiv-abstrakt, das geltende rechtliche Regelwerk vor Augen: das Einzelrecht (als subjektives betrachtet, als Rechtsmacht) findet so seine materiale Bestimmtheit in einem vorauszusetzenden konkreten Lebensverhältnis, das – rechtlich bestimmt – als *Rechtsverhältnis* die »tiefere Grundlage« für das Einzelrecht bildet, welches umgekehrt »nur eine besondere, durch Abstraction ausgeschiedene Seite«[83] des *Rechtsverhältnisses* darstellt. Das *Rechts-*

78 F.C.v. Savigny, a.a.O. S. 16 bzw. 48.
79 J. Rückert – Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny, S. 348.
80 W. Wilhelm – Savignys überpositive Systematik, S. 125. Zur Kontinuität von Savignys Methodenlehre M. Kriele – Theorie der Rechtsgewinnung, S. 67 ff.
81 F.C.v. Savigny – System des heutigen Römischen Rechts Bd. 1, S. XXXVI.
82 D. Nörr – Savignys philosophische Lehrjahre, S. 274 ff.
83 F.C.v. Savigny, a.a.O. S. 7.

*verhältnis* verdient darum gegenüber dem Einzelrecht oder der einzelnen allgemeinen Rechtsregel den Vorrang tieferer Einsicht ins Recht, da es »als Beziehung zwischen Person und Person«[84] gesehen werden muß, die als *Stoff* das konkrete Lebensverhältnis in seiner Gesamtheit hat und als *Form* die rechtliche Bestimmtheit desselben, »wodurch die thatsächliche Beziehung zur Rechtsform erhoben wird«[85].

Der korrespondierende Stufenbau auf der ›objektiven‹ Seite sieht das Einzelrecht (bzw. Einzelurteil des Richters) bestimmt durch die allgemeine Rechtsregel, die wiederum durch ein *Rechtsinstitut* bestimmt ist (»Die Gestalt [des Rechts …] ist nicht die der abstracten Regel, sondern die lebendige Anschauung der Rechtsinstitute in ihrem organischen Zusammenhang, so daß, wo das Bedürfniß besteht, sich der Regel in ihrer logischen Form bewußt zu werden, diese erst durch einen künstlichen Prozeß aus jener Totalanschauung gebildet werden muß«[86]). Die Korrespondenz der beiden Zugänge ist dabei eine in der horizontalen Ebenengliederung verschobene, d.h. *Rechtsverhältnis* und *Rechtsinstitut* befinden sich nicht auf einer Ebene, sondern jedes *Rechtsverhältnis* steht »unter einem entsprechenden Rechtsinstitut«[87] als seinem Typus[88]. In der Verbindung aller *Rechtsinstitute* besteht das *organische Rechtssystem*[89]. ›Organisch‹ bedeutet einerseits den »lebendigen Zusammenhang« und andererseits – wie schon 1802 – »fortschreitende Entwicklung«[90] des Rechtssystems.

Die *Rechtsverhältnisse* weisen in ihrer allgemeinen Eigenschaft, rechtliches Personenverhältnis zu sein, auf den gleichlautenden Begriff des »Rechtsverhältnisses«[91] in

84 A.a.O. S. 333.

85 A.a.O.

86 A.a.O. S. 16. Joachim Rückert sieht in der Gegenüberstellung eine Übernahme objektiv-idealistischer Positionen, z.B. Hegels Dualismus Natur/Geist oder Schellings Natur/Kunst; ders. a.a.O. S. 336.

87 F.C.v. Savigny – System des heutigen Römischen Rechts Bd. 1, S. 9.

88 »Savigny versteht offensichtlich das Rechtsinstitut in einem zweifachen Sinn: einmal als überpositiven Typus einer rechtlichen Beziehung (›das‹ Eigentum, ›die‹ Ehe), zum anderen als konkret gestaltetes, positiviertes Rechtsinstitut.« W. Wilhelm, a.a.O. S. 133.

89 A.a.O. S. 127.

90 F.C.v. Savigny, a.a.O.

91 J.G. Fichte – Grundlage des Naturrechts, S. 52: »Ich muss das freie Wesen ausser mir in allen Fällen anerkennen als ein solches, d.h. meine Freiheit durch den Begriff der Möglichkeit seiner Freiheit beschränken. Das deducierte Verhältniss zwischen vernünftigen Wesen, dass jedes seine Freiheit durch den Begriff der Möglichkeit der Freiheit des anderen beschränke, unter der Bedingung, dass das erstere die seinige gleichfalls durch die des anderen beschränke, heißt das *Rechtsverhältniss* […]«; noch im Jahr 1812 hat das Rechtsverhältnis seinen festen Platz im System: »Wir haben zuerst zu reden über den Vortrag der Rechtslehre: er ist rein analytisch, entwickelnd die Eine, feste Grundlage, den Begriff des Rechtsverhältnisses.« J.G. Fichte – Das System der Rechtslehre, S. 495. Vgl. dazu D. Nörr – Savignys philosophische Lehrjahre, S. 274 FN 75.

FICHTES *Grundlage des Naturrechts* (1796); was bei FICHTE nur im Singular vorkommt und – im Ergebnis genommen – seinen Ausdruck für die schon bei KANT vorfindliche Bestimmung des Rechts als wechselseitige Gewährung von Freiheitssphären durch Personen ausmacht, tritt bei SAVIGNY durch die Verknüpfung mit konkreten Lebensverhältnissen im Plural entgegen, ohne deshalb den FICHTEschen Kerngedanken preiszugeben. FICHTES Deduktion geht gleichzeitig entscheidend über KANT hinaus, indem die im Rechtsverhältnis angelegte notwendige Anerkennung anderer (Rechts-)Subjekte überhaupt als Bedingung der Möglichkeit für Selbstbewußtsein erkannt wird[92].

Trotz solcher und anderer Momente im Werk SAVIGNYS, die vorhandene Kontinuität zum rationalen Naturrecht des 18. Jahrhunderts erkennen lassen[93] (als dessen Höhepunkt FICHTES *Grundlage des Naturrechts* bezeichnet wurde[94]), verbindet sich mit ihm, der bekanntlich nicht ohne Einfluß auf die weitere Entwicklung der Rechtwissenschaft geblieben ist, doch einen Schritt weiter hin zur Positivierung des Systemdenkens mit dem bei ihm »ebenfalls vorhandenen Ansatz eines rechtswissenschaftlichen Formalismus, der dann zur Begriffsjurisprudenz führte«[95]; denn »was weiterwirkte, war, neben der historischen Sicht, der Systemgedanke in der Bedeutung des aus den Rechtsbegriffen gebildeten ›wissenschaftlichen‹ Systems«[96]. Die Systembildung im Anschluß an SAVIGNY ist stets eine *über* den positiven Normen errichtete[97], eine Systembildung auf der Ebene der Normen selbst ist begrifflich außer

92 Siehe dazu R. Zaczyk – Die Struktur des Rechtsverhältnisses (§§ 1–4) im Naturrecht Fichtes.

93 Das gilt in erster Linie für das Weiterwirken eines mathematikorientierten Systembegriffs, denn »durch die Kritik Kants wurden nur die erkenntnistheoretischen Voraussetzungen des Naturrechts und sein ethischer Apriorismus getroffen, jedoch nicht der methodische Ertrag des Vernunftrechts für eine die leitenden Gedanken und Grundbegriffe des positiven Rechts herausarbeitende (Dogmatik) und diese Einsichten ordnende (systematische) Rechtswissenschaft.« W. Krawietz – Recht als Regelsystem, S. 28. Der »philosophische und theoretische Boden der Begründung der Historischen Schule« besteht aus »einem komplizierten Gemisch aus weiter wirkenden Elementen des rationalen Naturrechts und der Aufklärung mit Romantik und Historismus, zwischen historisch-empirischer Erfahrungswissenschaft und philosophischem Idealismus«, G. Dilcher – Von der geschichtlichen Rechtswissenschaft zur Geschichte des Rechts, S. 112.

94 V. Hösle – Intersubjektivität und Willensfreiheit in Fichtes ›Sittenlehre‹, S. 29.

95 G. Dilcher – Der rechtswissenschaftliche Positivismus, S. 504. Savigny hat schon 1802 festgehalten: »Jurisprudenz an sich kann ebenso gut ohne Naturrecht als mit solchem studiert werden.« Ders. – Juristische Methodenlehre (1802/3), S. 50. Gerhard Dilcher spricht in diesem Zusammenhang vom »keineswegs eindeutigen, sondern sehr ambivalenten Verhältnis Savignys zum Vernunftrecht des Aufklärungsjahrhunderts«, a.a.O. S. 502.

96 K. Larenz – Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 18.

97 Die Nähe zum Positivismus zeigt deutlich die Interpretationslehre: »Von der Gesetzesauslegung hat Savigny schon in seiner Frühschrift eine rigoros positivistische Auffassung: extensive und restriktive Aus-

Reichweite[98], es geht, wenn man so will, immer um Systembildung *im* Recht, vor allem in der systematischen Darstellung großer Teilbereiche, wie des Privatrechts[99]. Das Privatrecht zieht nicht zuletzt aus der Fähigkeit, selbständiges (Sub-)System des Rechts sein zu können, die Möglichkeit seiner Autonomie gegen die Ambitionen des Gesetzgebers und z.T. auch gegen das Gesetz selbst[100].

Das System als System von Begriffen oder Sätzen; Einheit, innerer Sinnzusammenhang, Deduktion nach den Regeln der formalen Logik – es war der Savignyschüler Georg Friedrich Puchta, »der mit eindeutiger Bestimmtheit die Rechtswissenschaft seiner Zeit auf den Weg des logischen Systems im Sinne einer ›Begriffspyramide‹ verwies«, wie Karl Larenz diagnostiziert[101]. Puchta weist dem wissenschaftlich gebildeten Juristen als Organ des Volkes eine Monopolstellung im theoretischen und praktischen Umgang mit dem Recht zu[102]; das geht hin bis zur Erzeugung neuer Rechtssätze durch produktive Konstruktion[103], auf die sein Begriffssystem ausgerichtet ist. Dieses Begriffssystem will zugleich Spiegel der Ordnung sein, die sich im Recht entfaltet – eine Ordnung der subjektiven Rechte, nicht

---

legung des Gesetzeswortlautes sei nicht gestattet, auch nicht mit Rücksicht auf den Grund des Gesetzes, die ratio legis. Daran hält Savigny auch in seinem *System des römischen Rechts* im wesentlichen fest.« M. Kriele – Theorie der Rechtsgewinnung, S. 68. Die Ablehnung der teleologischen Interpretation im System hat, ohne daß damit ein Zusammenhang behauptet werden soll, eine gewisse Parallele in Schellings philosophischer Systemkonstruktion, wenn dieser von »[…] teleologische[n] Ableitungen, welche im Idealismus ebenso wenig als in einem anderen System befriedigend seyn können« spricht (F.W.J. Schelling – System des transcendentalen Idealismus, S. 400).

98 M. Rodriguez Molinero – Der Systembegriff im Recht, S. 341.

99 Die vielfältigen Systementwürfe des 19. Jahrhunderts mit ganz unterschiedlicher ›Nähe‹ zu den positiven Rechtsnormen, wie zu naturrechtlichen Grundannahmen, werden von Luhmann allesamt über den Kamm des damals angeblich gültigen analytischen Systembegriffs geschoren – mündend in den undifferenzierten und damit falschen Schluß: »[…] das System seiner Erkenntnisse ist für den Juristen zugleich das System seines Gegenstandes selbst, nämlich das Normensystem«, N. Luhmann – Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie, S. 243.

100 »Genau diese Entscheidung für ein autonomes Privatrecht vollzieht aber Savigny in der Etablierung einer pandektistischen Privatrechtswissenschaft, ja er spricht der staatlichen Sphäre sogar den Charakter des eigentlich Rechtlichen ab. Durch die historische Ausrichtung entzieht er das Privatrecht dem Zugriff des Staates und gibt es in die Hand des wissenschaftlich gebildeten Juristen.« G. Dilcher – Der rechtswissenschaftliche Positivismus, S. 518.

101 K. Larenz, a.a.O. S. 20.

102 F. Wieacker – Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 399 f.

103 »Die produktive Tätigkeit aber ist die systematische, welche die positiven Rechtssätze auf ihre Prinzipien und systematischen Grundbegriffe zurückführt und andererseits erlaubt, Lücken durch Deduktion aus den so gefundenen systematischen Lehren zu schließen.« H. Coing – Der juristische Systembegriff bei Rudolf von Ihering, S. 151.

der Normen[104]. Die Systemstruktur hat Pyramidenform, und an der Spitze steht ein abstrakter oberster Rechtsbegriff, der weitgehend der KANTschen Freiheitslehre entspricht. Insofern findet sich eine Verankerung des Rechts im Überpositiven. Die Legitimität des einzelnen Rechtssatzes gründet sich ausschließlich auf seine systematische Richtigkeit, logische Wahrheit und Vernünftigkeit[105].

Eine Steigerung dieser Art »Begriffs- und Konstruktionsjurisprudenz«[106] erfolgt beim frühen RUDOLF VON IHERING, wobei der Einfluß idealistisch-praktischer Philosophie abgelöst wird durch ein naturwissenschaftliches Paradigma[107]. Zur Metapher des Organismus tritt die der Maschine. Die juristische »Scheidekunst« (i.S.v. Chemie) bringt die Auflösung des Rechts(roh)stoffes in Systembegriffe[108], d.h. in logische Elemente (die analog zu chemischen zu sehen sind), aus denen sich durch nachfolgende Kombination neue Rechtssätze herstellen lassen[109]. Das System ist in der Rechtsanwendung produktiv, die Rechtsordnung systematisch abgeschlossen und vollständig, Lücken lassen sich durch Ableitung aus dem voll entwickelten System schließen[110]. Die elementaren Rechtsbegriffe gleichen dabei – ein weiterer Vergleich IHERINGS[111] – den Buchstaben eines Alphabets.

Die ›Buchstaben‹, d.h. die logischen Elementareinheiten, aus denen im 19. Jahrhundert Rechtssysteme gebaut werden, von Teilsystemen bis hin zu den das Ganze des Rechts in Begriffen zur Darstellung bringenden Gesamtsystemen, sind in Abwandlungen *Sätze* oder *Begriffe*, jedenfalls nicht die nachmaligen formalismustauglichen *Normen* des analytisch-positivistischen Zugangs zum Recht im 20. Jahrhundert. Methodologie, Interpretationslehre und Systembildung bleiben als Leistung dieser Epoche im Kern auch nach dem Ende der Begriffsjurisprudenz in der juristischen Dogmatik unangetastet, und dieser Ideenwelt begegnet bis heute jeder Studierende gleich zu Anfang seines Studiums in den dogmatischen Fächern. Die begleitende

---

104 A.a.O.

105 F. Wieacker, a.a.O. S. 401.

106 K. Larenz, a.a.O. S. 25.

107 »Bei Ihering wird deutlich, wie hier die Mathematik als Leitwissenschaft des 17./18. Jahrhunderts durch das methodische Vorbild der Naturwissenschaften abgelöst ist: Er vergleicht dieses System juristischer Begriffe mit dem zoologischen System, und so, wie kein neues Tier entdeckt werden wird, das nicht in das linnésche System einzugliedern ist, so gebe es keinen neuen Rechtsfall, für den die begrifflich arbeitende Jurisprudenz nicht eine Lösung aus dem entwickelten System deduzieren könnte.« G. Dilcher – Der rechtswissenschaftliche Positivismus, S. 509.

108 H. Coing – Der juristische Systembegriff bei Rudolf von Ihering.

109 K. Larenz, a.a.O. S. 26.

110 H. Coing, a.a.O. S. 164.

111 R. v. Ihering – Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung Bd. II, S. 334 ff.

rechtstheoretische Einführung spricht freilich eine ganz andere, damit schwer verträgliche Sprache, und das liegt am ganz neuen juristischen Systembegriff, dessen Voraussetzungen gegen Ende des 19. Jahrhunderts geschaffen wurden in einer Wissenschaft, die damals selbst grundlegende Veränderungen erlebt hat, der Mathematik.

*Die analytische Wende im juristischen Systembegriff im 20. Jahrhundert*

»Recht ist in seinem wesentlichen Kern eine *Menge* von sozialen Normen«[112]; »Das Recht (im objektiven Sinne) ist die *Gesamtheit* der in einem Staate geltenden Rechtsregeln«[113]; »Recht ist für den Richter die *Gesamtheit* der Normen, nach denen er Fälle zu entscheiden hat«[114]; »Das Recht ist eine *Summe* nicht bloß materiell, sondern auch formell differenzierter Rechtssätze«[115]; »Kein Streit herrscht darüber, daß das Recht aus einer *Summe* von Regeln für menschliches Handeln besteht«[116]; »A *set* of normative statements is a complete description of a momentary legal system if [...]«[117] »El Derecho puede considerarse como un *conjunto* de normas«[118]. Sieben willkürlich herausgegriffene Beispiele von Rechtstheoretikern des 20. Jahrhunderts. Damit Sätze und Wendungen wie die vorangestellten überhaupt möglich wurden, bedurfte es nicht unerheblicher Wandlungen im juristischen Systembegriff, denn *System* ist nun – bis auf divergierende zusätzliche Qualifikationen – beinahe ganz Synonym für Begriffe wie ›Menge‹, ›Gesamtheit‹, ›Zusammenfassung‹, ›Summe‹, ›Komplex‹ usw. von Elementen wie ›Normen‹ ›Regeln‹, ›Prinzipien‹, ›Rechtssätzen‹ oder anderen Elementarentitäten, aus denen fugenlos zusammengesetzt nunmehr das Recht gedacht wird. Voraussetzung dafür waren (1) die Etablierung eines im Vergleich zum Vorangegangenen erheblich abstrakteren System- bzw. Mengenbegriffs (in der Mathematik und später in der Rechtswissenschaft) und (2) ein Zurücktreten oder Vernachlässigen der aktiven Systematisierungsleistung des Juristen für den Systemcharakter von Recht als solchem. Das Recht ist jetzt selbst (*quasi* von Natur aus) System, ohne alles Zutun irgendeines erkennenden Subjekts. Dabei ist letzteres ein Moment, das z.B. von

112 P. Koller – Theorie des Rechts, S. 44 (Hervorhebungen hier und in den folgenden Beispielen nicht im Original).

113 O. Weinberger – Norm und Institution, S. 13.

114 R. Dreier – Der Begriff des Rechts, S. 110. Ähnlich schon H. Kantorowicz – Der Begriff des Rechts, S. 36 f.: »Recht ist eine Gesamtheit von Regeln, welche äußeres Verhalten vorschreiben und als gerichtsfähig angesehen werden.«

115 A. Merkl – Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff, S. 207.

116 G. Jellinek – Allgemeine Staatslehre, S. 332.

117 J. Raz – The Concept of a Legal System, S. 189.

118 M. Atienza – El sentido del Derecho, S. 72.

Hans Kelsen, einem der Urväter des Rechtspositivismus, außerordentlich stark betont wird: Recht ist ihm »ein System von Normen«, aber als solches wird es »im Sinne der Kantschen Erkenntnistheorie« durch »die Rechtswissenschaft als Erkenntnis des Rechts [...] ›erzeugt‹«. Die Einheit des Rechts wird durch das erkennende Subjekt allererst konstituiert. Ähnlich betont Max Weber, wenn er von der »heute vorherrschenden Auffassung des Rechts als eines in sich logisch widerspruchslos und lückenlos geschlossenen Komplexes von ›Normen‹, die es ›anzuwenden‹ gilt, als maßgebend für das Rechtsdenken«[119] spricht, ebenfalls den konstitutiven Charakter der Systematisierung: »Nach unserer heutigen Denkgewohnheit bedeutet sie: Die Inbeziehungsetzung aller durch Analyse gewonnenen Rechtssätze derart, daß sie untereinander ein logisch klares, in sich logisch widerspruchsloses, und vor allem, prinzipiell lückenloses System von Regeln bilden, welches also beansprucht: daß alle denkbaren Tatbestände unter eine seiner Normen müssen logisch subsumiert werden können [...]«[120]. Auch hier wird das System also erst hergestellt.

Bedeutender jedoch scheint, daß die Systematisierung jetzt das Rechtsganze umfassen kann, nicht mehr auf bloße Systembildung *im* Recht beschränkt bleibt; läßt man die Systematisierungsleistung der Rechtswissenschaft beiseite, so wird die einfache Gleichung formulierbar: Rechtsordnung = Rechtssystem[121]; die in einem Staat geltenden rechtlichen ›Normen‹ (oder derivativ gewonnene Rechtssätze) bilden in dieser Auffassung ohne weiteres ein ›System‹. Der mathematische Begriff der Menge bzw. das Begriffspaar Menge/Element[122] stellen das ideale logische Zaumzeug dar für die Absicht, Recht einem Ordnungsbegriff äußerster Allgemeinheit zu unterstellen. Denn es ist kein blasseres Kriterium vorstellbar als das der ›Zugehörigkeit‹ als solcher. Ein Element gehört zu einer Menge nur darum, weil es Element ist, also – ganz tautologisch – der Menge zugehört[123]. Das erlaubt ein Absehen von allen inhaltlichen

---

119 M. Weber – Wirtschaft und Gesellschaft, S. 493.

120 A.a.O. S. 396.

121 Natürlich gibt es auch weiterhin systematische Auffassungen vom Rechtsganzen, die hier differenzieren, z.B. Aulis Aarnio: »Vorerst scheint es angebracht, einen Unterschied zwischen der (Rechts)ordnung und dem rechtlichen System zu machen. Ordnung ist immer ein Ausdruck gesellschaftlicher Machtausübung. Das Organ der Gesellschaft, das die gesetzgebende Gewalt ausübt, schafft aufgrund der ihm anvertrauten Gewalt Regeln, deren Gesamtheit, deren ›Summe‹ die Rechtsordnung ist. [...] Das System ist jedoch etwas mehr als bloße rechtliche Machtordnung. [...] Der Grad an Systematik ist in dem von der Rechtslehre geschaffenen System höher als in demjenigen, von dem das Gesetz ausgegangen ist.« A. Aarnio – Denkweisen der Rechtswissenschaft, S. 51 f.

122 Die Begriffsbildung nimmt moderne Züge erstmals an bei Bernard Bolzano; vgl. U. Felgner – Zur Geschichte des Mengenbegriffs, S. 175 ff.

123 Der Punkt, auf den es hier ankommt, ist in einer Anmerkung Edmund Husserls gut getroffen: »Werden also die Begriffsbildungen Menge und Anzahl in reiner und weitester Allgemeinheit vollzogen, so kann

Eigenschaften, Recht wird durch bloße Extension, durch Auf- und Abzählen der Elemente (Normen) definierbar[124]. Wir haben ein Konzept vor uns, das nicht nur in reinster Form positivistische Rechtsauffassung ausdrücken kann, sondern in seiner Allgemeinheit sogar jenseits des Dualismus von Naturrechtsdenken und Rechtspositivismus angesiedelt ist: denn auch das Naturrecht kann als Menge von Normen behandelt werden, indem das Zugehörigkeitskriterium zur Menge (bzw. System) nicht wie im Fall des Rechtspositivismus auf die *Form* der Rechtserzeugung Bezug nimmt, sondern *inhaltlich* bestimmt ist[125].

Der intuitive Mengenbegriff, wie ihn Georg Cantor 1895 formuliert hat – »Unter einer ›Menge‹ verstehen wir jede Zusammenfassung M von bestimmten wohlunterschiedenen Objekten m unserer Anschauung, oder unseres Denkens (welche die ›Elemente‹ von M genannt werden) zu einem Ganzen«[126] –, legt in seiner Ausdehnung auf beliebige ›Objekte des Denkens‹ – also nicht nur im engeren Sinn mathematische – nahe, diesen Begriff für die Rechtswissenschaft fruchtbar zu machen und Normen als Elemente für Mengenbildung zu nehmen. Die Verwandtschaft mit dem Systembegriff zeigt sich an der noch unentschiedenen Terminologie jener Tage, die synonym von »Mannigfaltigkeit, Inbegriff, Menge«[127], »Inbegriff, Menge, Vielheit«[128] oder »manifold, aggregate, Menge, ensemble«[129] spricht, aber auch, wie Richard Dedekind

von dem Sachgehalt (dem Wasgehalt) kolligierter Elemente und gezählter Einheiten nichts in diese Allgemeinheit mit eintreten, er muß absolut frei variabel bleiben, was offenbar durchaus der Intention der Mengen- und Anzahlenlehre entspricht. Das Formale dieser Disziplinen liegt also in dieser Beziehung auf ›*Gegenständlichkeit-überhaupt*‹, *Etwas-überhaupt*, in einer leersten Allgemeinheit, die alle sachliche Bestimmung unbestimmt beliebig sein läßt.« E. Husserl – Formale und transzendentale Logik, S. 91.

124 Genaugenommen sind beide Verfahren, Bestimmung durch Extension (faktische Aufzählung der Elemente), wie auch durch Intension (Angabe eines gemeinsamen bestimmenden Merkmals) möglich. Vgl. B. Russell – The Principles of Mathematics, S. 66 f.

125 »Der Umstand, daß das positive Recht eine Zwangsordnung, das Naturrecht aber eine zwangsfreie, anarchische Ordnung darstellt, läßt die Tatsache unberührt, daß beide – als Ordnungen – *Normensysteme* sind;« H. Kelsen – Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, S. 284. Kelsen spricht in der *Reinen Rechtslehre* von der »Grundnorm des Naturrechts«, aber nur in der Perspektive, dieses selbst zu positivieren (»Man soll den Befehlen der Natur gehorchen. Das ist die Grundnorm des Naturrechts.« A.a.O. S. 227). Als Rechtfertigung oder idealer Maßstab für positives Recht hat es bei ihm keinerlei Bedeutung.

126 G. Cantor – Beiträge zur Begründung der transfiniten Mengenlehre, S. 282. Zu Cantor J.W. Dauben – Georg Cantor.

127 G. Cantor – Über unendliche lineare Punktmannigfaltigkeiten, S. 150; dazu O. Becker – Grundlagen der Mathematik, S. 282. Bernard Bolzano verwendet *Inbegriff* als Oberbegriff für *Menge* und *Reihe*; dazu U. Felgner – Zur Geschichte des Mengenbegriffs, S. 175.

128 E. Husserl – Philosophie der Arithmetik, S. 219.

129 B. Russell – The Principles of Mathematics, S. 67. Das Zusammenfallen von Aggregat und System, die

1888 für ›Menge‹ den Begriff ›System‹ verwendet[130]. Seine Definition lautet: »Im Folgenden verstehe ich unter einem *Ding* jeden Gegenstand unseres Denkens. […] Es kommt sehr häufig vor, daß verschiedene Dinge a, b, c […] aus irgend einer Veranlassung unter einem gemeinsamen Gesichtspunkte aufgefaßt, im Geist zusammengefaßt werden, und man sagt dann, daß sie ein *System* S bilden; man nennt die Dinge a, b, c […] die *Elemente* des Systems S, sie sind *enthalten* in S; umgekehrt *besteht* S aus diesen Elementen. Ein solches System ist als Gegenstand unseres Denkens ebenfalls ein Ding; es ist vollständig bestimmt, wenn von jedem Ding bestimmt ist, ob es Element von S ist oder nicht«[131]. Es ist – überträgt man diese Definition in die Rechtswissenschaft – alles in ihr vorhanden, was eine positivistische Rechtstheorie benötigt: *Elemente*, von denen nur bestimmt sein muß, ob sie zum System gehören – diese Rolle übernehmen die Normen und die geforderte *formelle Bestimmtheit* leistet ein positivistisches Herkunftskriterium, das bewußt von jeglicher inhaltlichen Bestimmung des Rechts absieht (z.B. Kelsens *Grundnorm* oder Harts *rule of recognition*).

So betrachtet stellt jedes Normensystem ein ›Dedekind-System‹ (bzw. eine Menge) dar, und es gelten alle Menge-Element-Beziehungen, die allgemein für Mengen ableitbar sind, auch dort. Gesetzgebung verändert (vermehrt, vermindert oder modifiziert) die Elemente, Vollzug des Rechts bringt das Gesamtsystem (die Menge aller geltenden Normen) zur ›Anwendung‹. Macht man ein solches System zum Gegenstand der Wissenschaft, so erhält man eine aus (dem Anspruch nach wahren) Aussagesätzen über das Rechtssystem bestehende, selbst systemförmig organisierte rechtswissenschaftliche Theorie, die wiederum als Teil eines kommunikativen ›Rechtswissenschaftssystems‹ betrachtet werden kann[132].

---

bei Kant noch scharfe Gegensätze waren, findet sich bei Kelsen: »[…] daß das, was man als ›Moral‹ oder ›Recht‹ bezeichnet, aus Normen besteht, ein Aggregat oder System von Normen ist.« H. Kelsen – Allgemeine Theorie der Normen, S. 1.

130 R. Dedekind – Was sind und was sollen die Zahlen?, S. 2; Dedekind verwendet hauptsächlich den Begriff ›System‹ und diesen gleichbedeutend zu »Inbegriff, Mannigfaltigkeit, Gesamtheit«. Für die Annahme einer gleichbedeutenden Verwendung kann man sich auf eine Kritik Gottlob Freges an Dedekind stützen: »[…] müssen natürlich die Begriffe, deren man bedarf, scharf gefasst werden. Das gilt besonders von dem, was die Mathematiker mit dem Wort ›Menge‹ bezeichnen möchten. Dedekind braucht das Wort ›System‹ wohl in der selben Absicht.« G. Frege – Grundgesetze der Arithmetik I, S. 1. Zu Dedekinds Begriff des Systems siehe G.T. Kneebone – Mathematical Logic and the Foundations of Mathematics, S. 158 ff.; M. Potter – Reason's Nearest Kin, S. 97 ff.

131 R. Dedekind, a.a.O. S 1 f.

132 Siehe die Differenzierung von Rechtssystem und Rechtswissenschaftssystem in W. Krawietz – Recht als Regelsystem, S. 104 ff. Krawietz versteht das Rechtswissenschaftssystem als »Teilsystem des Rechtssystems« (a.a.O. S. 119) und beide als Kommunikationssysteme; das Rechtssystem wird definiert als die »Gesamtheit aller sozialen Kommunikationen […], die mit Bezug auf das Recht formuliert werden«

Mit der Gleichsetzung von Normensystemen (in ihrer allgemeinsten Form) und Dedekind-Systemen soll kein historisch-kausaler Zusammenhang behauptet werden, wohl aber, daß jener mathematische Allgemeinbegriff als Denkfigur auch die Rechtswissenschaften erreicht haben muß, um die eingangs aufgezählten Beispielsätze denkbar zu machen. Beim mathematischen Mengenbegriff steht als Intention zu seiner Entwicklung auch etwas ganz anderes im Hintergrund als eine allgemeine Systemtheorie, nämlich die Grundlegung der Zahlen, insbesondere der reellen Zahlen[133]. Darum kreist das Interesse dort auch um unendliche[134] und im Unendlichen noch weiter unterscheidbare Mengen[135] bzw. ist auch der Begriff der ›leeren Menge‹[136] (den übrigens DEDEKIND noch vermeidet) von vorgängiger Bedeutung; ein System mit unendlich vielen Normen oder mit gar keinen ist dagegen für die Rechtswissenschaft vermutlich ohne Bedeutung[137].

---

(a.a.O. S. 117). Er operiert also ebenfalls mit dem allgemeinen Mengenbegriff (»Gesamtheit«), nimmt aber nicht ›Normen‹ als Systemelemente, sondern ›soziale Kommunikationen‹.

133 Dazu M. Epple – Das Ende der Größenlehre, S. 388 ff.

134 »Es gibt unendliche Systeme. Beweis. Meine Gedankenwelt, d.h. die Gesammtheit S aller Dinge, welche Gegenstand meines Denkens sein können, ist unendlich. Denn wenn s ein Element von S bedeutet, so ist der Gedanke s', daß s Gegenstand meines Denkens sein kann, selbst ein Element von S. Sieht man dasselbe als Bild φ(s) des Elements s an, so hat daher die hierdurch bestimmte Abbildung φ von S die Eigenschaft, daß das Bild S' Theil von S ist; und zwar ist S' echter Theil von S, weil in es in S Elemente giebt (z.B. mein eigenes Ich), welche von jedem solchen Gedanken s' verschieden und deshalb nicht in S' enthalten sind. Endlich leuchtet ein, daß, wenn a, b verschiedene Elemente von S sind, auch ihre Bilder a', b' verschieden sind, daß also die Abbildung φ eine deutliche (ähnliche) ist. Mithin ist S unendlich, w.z.b.w.« R. Dedekind – Was sind und was sollen die Zahlen?, S. 17 f.

135 Allgemeinverständlich zur Problematik H. Weyl – Die Stufen des Unendlichen.

136 Zum Problem der ›leeren Menge‹ und der daraus resultierenden grundsätzlichen Dualität der Mengenauffassung (ob nämlich der ›Menge‹ über ihre Eigenschaft, Elemente miteinander zu verbinden, eine selbständige Existenz zukommt – gewissermaßen als ›leerer Sack‹ – oder nicht) M.D. Potter – Mengentheorie, S. 22 f. bzw. ders. – Set Theory and its Philosophy, S. 23. Die Metapher des ›Sackes‹ verwendet Dedekind (Nachweis O. Becker – Grundlagen der Mathematik, S. 316.). Der Begriff der Menge wurde, wegen der Aporien, die z.B. der Begriff der ›Menge aller Mengen‹ auslöst, sachlich und terminologisch weiterentwickelt, so daß man mathematisch zwischen ›Mengen‹ und ›Klassen‹ unterscheidet; beide werden unter dem Oberbegriff der ›Kollektion‹ zusammenfaßbar (M.D. Potter – Mengentheorie, S. 67). Zur philosophischen Kritik an der Begriffsbildung W. Stegmüller – Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie Bd. II, S. 196 ff.

137 Allerdings ist nicht auszuschließen, daß mit dem unbefangenen Hantieren mit Allquantoren Unendlichkeiten eingehandelt werden, z.B. bei Aussagen wie »The set of all the pure statements refering to one legal system completely describes that system«. J. Raz – The Concept of a Legal System, S. 49. Die Menge *aller* Aussagen über ein Normensystem könnte zwar – in der Terminologie Freges – einen Sinn, aber vielleicht keine Bedeutung haben; vgl. G. Frege – Über Sinn und Bedeutung.

Mathematik als methodisches Vorbild war zu Beginn des 20. Jahrhunderts keineswegs außerhalb der rechtswissenschaftlichen Diskussion. Den Vorwurf, die Rechtswissenschaft methodisch allzu nahe an die Mathematik herangeführt zu haben, mußte sich etwa Hans Kelsen von Seiten Hermann Hellers gefallen lassen, dem »Kelsens Bemühungen als der Versuch [erschienen], die Staats- und Verfassungslehre als eine streng wissenschaftliche, der Mathematik vergleichbare Disziplin zu begründen[138]«. Heller, der den Purismus der *Reinen Rechtslehre* verwirft zu Gunsten eines ganz anders gearteten Rechts- und Wissenschaftsverständnisses, orientiert an einer notwendigen Verknüpfung von Realität und Geltung in einer als sinnhaften Wirkungszusammenhang verstandenen Welt, polemisiert insbesondere dagegen, »der Jurisprudenz den ihr inadäquaten mathematischen Wissenschaftsbegriff aufzuzwingen ([… wie] Kelsen, der, seinem Lehrer Cohen folgend, die Jurisprudenz zur ›Mathematik der Geisteswissenschaften‹ stempelt)«[139]. Tatsächlich ist in Kelsens System- und Wissenschaftsbegriff eine klare Anknüpfung an die Naturwissenschaften (und damit implizit auch an die Mathematik) beschlossen[140], wie seine Konzeption eines Dualismus von Kausal- und Normwissenschaften zeigt: Gegenstand der Kausalwissenschaften ist die Natur, und diese ist – als Gegenstand der Wissenschaft – »ein System von Elementen, die miteinander als Ursache und Wirkung, das heißt also nach einem Prinzip verknüpft sind, das man als Kausalität bezeichnet«[141]. Normwissenschaft dagegen hat »Soll-Normen als Sinngehalte, nicht aber die im Kausalnexus stehenden Seinsakte zum Gegenstand«[142]. Kausal- und Normwissenschaft sind in ihrem Wesen so verschieden wie die Sphären von ›Sein‹ und ›Sollen‹ (»In der Beschreibung einer normativen Ordnung des gegenseitigen Verhaltens von Menschen kommt jenes andere, von der Kausalität verschiedene Ordnungsprinzip

138 Th. Vesting – Aporien des rechtswissenschaftlichen Formalismus, S. 348 f.

139 H. Heller – Die Souveränität, S. 80. Hellers eigene Distanz zum Methodenideal der Mathematik zeigt sich auch in folgender Passage: »Nach dem Vorbild der Mathematik hat das europäische Denken der Neuzeit – und nur dieses – an jede Wissenschaft einzeln und an alle zusammen die Forderung eines rationalen Systems gestellt, worin jedes einzelne Systemglied aus seinem Grundprinzip zu errechnen und zu ›erzeugen‹ wäre. Es ist von großer Bedeutung, die prinzipielle Unmöglichkeit, ja geradezu den Widersinn eines rationalen Systems der Staatslehre einzusehen. Durchführbar ist es einzig und allein in der Mathematik und formalen Logik, weil diese Denkwissenschaften allein über ›reine‹ Begriffsformeln verfügen.« H. Heller – Staatslehre, S. 41.

140 »Es ist der am Methodenideal der Naturwissenschaften orientierte, auf ›Objektivität und Exaktheit‹ gerichtete Wissenschaftsbegriff.« R. Dreier – Sein und Sollen, S. 229; »[…] steht hinter Kelsens Konzeption einer ›Geisteswissenschaft‹ durchaus ein Begriff von Rechtslehre, der sich an den exakten Naturwissenschaften orientiert.« Th. Vesting – Aporien des rechtswissenschaftlichen Formalismus, S. 353.

141 H. Kelsen – Reine Rechtslehre, S. 78.

142 A.a.O. S. 60 FN *.

zur Anwendung, das als *Zurechnung* bezeichnet werden kann.«[143]). Im Hinblick auf den in beiden Wissenschaften zur Anwendung kommenden Systembegriff herrscht hingegen Übereinstimmung; es ist beidemale der gleiche abstrakte, nur mit unterschiedlichen Ordnungsstrukturen versehene Mengenbegriff. In KELSENS Rechtslehre findet sich überdies das ausdrückliche Bekenntnis zu Idealen der Formalwissenschaften, z.B. wenn er in seinem Versuch einer Demontage aller Naturrechtslehre durch den Triumph des »kritischen Positivismus« das Ideal der Gerechtigkeit (mit – folgte man ihm darin – weitreichenden Folgen für die Möglichkeit einer praktischen Philosophie überhaupt[144]) für obsolet erklärt: »Diese Reduktion des Ideals der Gerechtigkeit auf die Idee der Gleichheit oder Ordnungseinheit bedeutet aber nicht mehr und nicht weniger als die *Ersetzung des ethischen durch das logische Ideal*, als die Rationalisierung, [...] die Logisierung der [...] logos-fremden Gerechtigkeit«[145].

In einem allgemeinen Dedekind-System von Normen stehen diese als Elemente beziehungslos und ungeordnet nebeneinander; außer der Zugehörigkeitseigenschaft, die alle Elemente teilen, und der Normeigenschaft selbst werden keine weiteren gemeinsamen Merkmale oder Relationen verlangt[146]. Ein *erster Einwand* gegen die Verwendung von Dedekind-Systemen in der Rechtstheorie läßt sich daraus gewinnen, daß das Zuordnungskriterium (das klärt, ob ein Element zur Menge gehört, oder nicht) im Falle von Rechtsnormen nicht unbedingt von diesen unabhängig sein muß. Ob eine Norm zum System gehört, kann abhängig sein von *anderen* Normen, die zum System gehören, oder davon abhängen, *ob* bestimmte andere Normen zum System gehören oder nicht. Das ist z.B. der Fall, wenn Derogationsregeln zur Anwendung kommen oder vom Rechtssystem als logische Eigenschaft die Unterdrükkung von Normenkonflikten erwartet wird (daß also etwa die Zugehörigkeit der

---

143 A.a.O. S. 79. Zu den Kausalwissenschaften zählt Kelsen auch die Gesellschaftswissenschaft, die sich, »sofern sie menschliches Verhalten kausal zu erklären sucht [...] nicht wesentlich von Naturwissenschaften, wie Physik, Biologie oder Physiologie [unterscheidet]«, a.a.O. S. 89; dazu Th. Vesting, a.a.O. S. 351.

144 Die Idee einer praktischen Vernunft wird von Kelsen kategorisch abgelehnt: »Der Begriff einer unmittelbar einleuchtenden Norm setzt den Begriff einer praktischen Vernunft, das ist einer normsetzenden Vernunft voraus, und dieser Begriff ist – wie gezeigt werden wird – unhaltbar [...]« H. Kelsen – Reine Rechtslehre, S. 198.

145 H. Kelsen – Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, S. 342; dazu H. Dreier – Hans Kelsen und Niklas Luhmann, S. 449 ff.

146 In den *Principia Mathematica* ist das als allgemeine Eigenschaft von Klassen (Mengen) so ausgedrückt: »A class is wholly determinate when its membership is known, that is, there cannot be two different classes having the same membership. [...] Two classes $\alpha$ and $\beta$ are identified when, and only when, they have the same membership; [...] $\alpha$ is the class of objects which are members of $\alpha$.« B. Russell, A.N. Whitehead – Principia Mathematica, Introduction S. 26.

Norm $N_i$ und der kontradiktorischen Norm $\neg N_i$ zum System ausgeschlossen ist[147]). Diese Regeln sind entweder selbst Normen des positiven Rechts und gehören zum System, oder sie gehören implizit zum Zuordnungskriterium, wie es KELSEN für die Derogationsregeln angenommen hat[148]. Damit sind aber die Elemente des Systems nicht mehr, wie gefordert, in allgemeiner Weise von einander unabhängig.

Dem kann entgegengehalten werden, daß Derogationsregeln und systemimmanente normlogische Folgerungszusammenhänge (die zur expliziten Setzung neuer Normen führen) typische Kennzeichen dynamischer Normensysteme sind. Dedekind-Systeme (Mengen) von Normen sind demgegenüber als bloße Momentaufnahmen des normativen Gehalts solcher dynamischen ›Systeme‹ aufzufassen: die Veränderung in der Rechtswelt muß durch den Übergang zwischen solchen Momentansystemen beschrieben werden. Es sind also an dieser Stelle schon zwei Konzeptionen von ›System‹ zu unterscheiden: *zeitübergreifende* (als Inbegriff der fortwährend sich ändernden Rechtsordnung eines Staates) und *momentane* (als Repräsentationen aller gültigen Rechtsnormen in einem Staat zu einem bestimmten Zeitpunkt[149]).

---

147 Was unter der Negation (¬) einer Norm zu verstehen ist, sei an dieser Stelle dahingestellt. Hier nur so viel, daß an dieser Stelle die Unverträglichkeit von ›p soll sein‹ und ›nicht p soll sein‹ gemeint ist; dazu O. Weinberger – Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik, S. 69 f.: »Für Sollsätze (Normsätze) […] gelten spezifische logische Beziehungen: die wichtigsten sind die *logische Unverträglichkeit* (man kann das Verbot, unverträgliche Normsätze in *einem* System zu setzen, als ›normenlogisches Widerspruchsprinzip‹ oder ›normenlogisches Konsistenzpostulat‹ bezeichnen) und *logische* (hier: normenlogische) *Folgerungen*.«

148 »Dieser Grundsatz [*lex posterior derogat legi priori*, d.h. jüngeres Recht bricht älteres] ist in der Regel nicht als positiver Rechtssatz ausgesprochen, er wird als selbstverständlich angenommen, […] wo die Rechtsordnung sich als ein System veränderlicher Normen darstellt. Sofern er aber nicht ausdrücklich gesetzt ist, kann er nur im Wege der Interpretation, das ist die Deutung des Rechtsmaterials, gewonnen werden, was so viel sagen will: daß er als Deutungsprinzip vorausgesetzt wird, mit dem man an das gegebene Material herantritt und zwar darum heranzutreten berechtigt ist, weil eine veränderbare Rechtsordnung ohne diese Voraussetzung nicht sinnvoll deutbar ist.« H. Kelsen – Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, S. 296. Zu den logischen Prinzipien heißt es: »[…] die Regel betreffend zwei sich widersprechende Bestimmungen ein und desselben Gesetzes, die Erklärung eines Gesetzesinhalts als rechtlich irrelevant usw., sie alle zielen auf nichts anderes ab, als das positiv-rechtliche Material sinnvoll zu deuten, indem sie dem Satz vom Widerspruch innerhalb der normativen Sphäre Rechnung tragen; sie alle sind zu allermeist keine positiv-rechtlichen Sätze, keine gesetzlichen Normen, sondern *Voraussetzungen* der Rechtserkenntnis, d.h. aber, sie sind im Sinne der Grundnorm mitenthalten […]« a.a.O. S. 300.

149 Zum Rechtssystem als ›Momentansystem‹ A. Aarnio – On Changes in the Systematics of Law, S 162: »All legal systems are bound to some particular time, i.e. they are *momentary* systems«; C. Alchourrón, E. Bulygin – Normative Systeme, S. 140; J. Raz – The Concept of a Legal System, S. 189.

Kelsens Unterscheidung von *statischen* und *dynamischen* Normensystemen[150] ist damit verwandt, zielt aber in eine andere Richtung. Bei den *statischen* Systemen betont er den inhaltlich bestimmten Charakter der dazugehörigen systembegründenden Grundnorm, bei den *dynamischen* ist die Grundnorm wesentlich Kompetenz zur Normsetzung. Daraus folgt unmittelbar, daß Kelsen hierin mit einem zeitübergreifenden Systembegriff operiert, bei dem im statischen Fall bloß rein faktisch am Normenbestand nichts sich ändert. Deutlicher noch wird das angesichts der Einbeziehung von individuellen Normen, die bei Kelsen selbst Teil des Systems sind und nicht außerhalb desselben stehendes Produkt der Anwendung des Systems. Der Stufenbau der Rechtsordnung ist, so betrachtet, immer auch einer von Dezisionen, die Recht konkretisieren. Die Verknüpfung von *primary rules* und *secundary rules* bei H.L.A. Hart läuft in ähnlicher Weise ebenfalls auf das Konzept eines ›zeitübergreifenden‹ *legal systems* hinaus.

Recht als Dedekind-System von Normen verhält sich dazu wie die Einzelbilder eines Filmes zur kinematographischen Illusion von Bewegung; jedes einzelne ist das Ergebnis interpretativer und systematisierender Leistung der Rechtserkenntnis, die gemäß dem ›Zuordnungskriterium‹ dem positiven Rechtsmaterial (eines bestimmten Zeitpunkts $t_i$) Normen $\{N_j(t_i), j=1\dots n\}$ abliest und als Elemente dem System zuweist. Wieviel auf diesem Weg an Systematik (Widerspruchsfreiheit, Vollständigkeit, Redundanz) zur bloßen ›Menge von Normen‹ hinzutritt, ist eine theoretische Vorentscheidung (innerhalb der Grundnorm), die in jedem wissenschaftlichen Umgang mit Recht immer schon getroffen ist[151]. Dieses ›Mehr‹, das Normensysteme von bloßen (abstrakten) Mengen von Normen unterscheidet, kann man als ›Struktur‹ bezeichnen[152]: Recht wäre also als *strukturiertes Dedekind-System* zu verstehen bzw. genauer als *strukturierte* Menge allgemeiner Dedekind-Systeme (oder anders formuliert: als eine Menge von Mengen von Normen), wobei durch die Struktur eine zeit-

150 H. Kelsen – Reine Rechtslehre, S. 197 ff.

151 Zur Unterscheidung von Zuordnung der Norm zum System und Ordnung der Normen innerhalb des Systems J. Raz, a.a.O. S. 104 f.

152 »Dabei sei daran erinnert, dass der Begriff der Struktur in der Mathematik technisch gefaßt wird als eine (unstrukturierte) Menge M, in der eine Familie von Relationen $R_i$ erklärt ist und der insofern eine Struktur $\Sigma = \langle M, R_1, \dots R_n \rangle$ aufgeprägt ist. Strukturen sind also relational erklärt.« H. Lyre – Lokale Symmetrien und Wirklichkeit, S. 57. In der Prädikatenlogik wird der Begriff Struktur definiert als Paar aus einer nichtleeren Menge und einer Interpretation, die einer formalen Sprache Relationen, Funktionen und Konstanten zuordnet; zum Begriff der Struktur in der mathematischen Logik siehe H.-D. Ebbinghaus, J. Flum, W. Thomas – Einführung in die mathematische Logik, S. 30 ff. Allgemein zum Verhältnis abstrakter (unstrukturierter) Mengen zu strukturierten Mengen aus der Perspektive der Kategorientheorie F. W. Lawvere, S. H. Schanuel – Conceptual Mathematics, S. 155.

liche Ordnung der Elemente definiert wird[153]. Eine der Besonderheiten von Mengen ist es, daß sie selbst wieder als Elemente von Mengen auftauchen können, wie im vorliegenden Fall[154]. Wie in der Mathematik selbst gilt das Interesse nicht beliebigen Mengen, sondern bestimmten strukturierten Mengen; Mengentheorie und Logik bilden das Fundament der Mathematik, und diese versteht sich selbst in gewisser Weise als eine ›allgemeine Wissenschaft von den Strukturen‹.

Für die Rechtstheorie ist dieser Gedanke einer Verknüpfung von Mengeneigenschaft und Struktur z.B. in folgender Systemdefinition Jan-Rainard Sieckmanns ausgedrückt: »Unter einem System soll eine Menge von Elementen verstanden werden, zwischen denen bestimmte Beziehungen oder Strukturen bestehen. Ein Normensystem ist dementsprechend eine in bestimmter Weise *strukturierte Menge* von Normen«[155]. Ein anderes Beispiel ist Luhmanns Charakterisierung des ›üblichen‹ Verständnisses von Rechtssystemen – darin eine juristische von einer soziologischen Auffassung unterscheidend – dahingehend, daß für diese das Rechtssystem »entweder eine *geordnete Menge* von Sätzen oder ein Organisationssystem« ist[156]. Die ›Ordnung‹ der Sätze tritt auch hier zum Verhältnis Menge/Element hinzu.

Die der Normenmenge aufgeprägte Struktur eines (zeitübergreifenden) Rechtssystems, der das eigentliche Interesse der Rechtstheorie gilt[157], läßt sich in der Folge unterscheiden in eine *dynamische* Struktur, die jene Relationen wiedergibt, die aus

153 Diese zeitliche Ordnungsstruktur ist auch für Wolfgang Fikentscher die eigentlich maßgebliche im Recht: »System und Zeit im Recht bedingen einander, sind aufeinander angewiesen, sind miteinander verbunden; Recht kann systematisch nur in der Zeitabfolge erfaßt werden. Trifft dies zu, so läßt sich der Forderung nicht ausweichen, daß es für die methodische Deutung des Rechts nicht so sehr auf die Grundstrukturierung als Gesetzesrecht oder Richterrecht ankommen kann, sondern daß der entscheidende Gesichtspunkt für eine Methodik des Rechts die gedanklich klare Fixierung von Normen ist, die ein sich in der Zeit änderndes System bilden.« Ders. – Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung Bd. IV, S. 142.

154 »Der große Erfolg der Mengenlehre beruhte auf der These, daß Mengen Objekte sind, und daher als Elemente von neuen Mengen auftreten können.« U. Felgner – Zur Geschichte des Mengenbegriffs, S. 178. Probleme bereiten Mengenbildungen, die die zu bildende Menge als Element ihrer selbst enthalten. Derartiges führt u.a. zur berüchtigten ›Russellschen Antinomie‹ der Menge aller Mengen, die sich nicht selbst enthalten.

155 J.-R. Sieckmann – Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, S. 21 (Hervorhebung nicht im Original).

156 N. Luhmann – Die Codierung des Rechtssystems, S. 178 (Hervorhebung nicht im Original).

157 Die Aufklärung dieser Struktur ist für Sieckmann konsequenterweise das zentrale Thema jeder Rechtstheorie: »Eine Theorie des Rechtssystems behandelt die Fragen, welcher Art die Elemente von Rechtssystemen sind, welche Eigenschaften und Strukturen sie besitzen und welche Strukturen sich daraus für das Rechtssystem insgesamt ergeben, ferner, welches die Kriterien für die Rechtsgeltung von Normen sind und wie diese Normen anzuwenden sind.« J.-R. Sieckmann, a.a.O.

Kompetenz- und Derogationsnormen resultieren, und in eine *rechtslogische* Struktur im engeren Sinn. Letztere gibt Auskunft über den Grad an Ordnung in Bezug auf (a) Widerspruchsfreiheit, (b) Vollständigkeit, (c) Unabhängigkeit (Redundanz) des Systems[158]. Die *rechtslogische* Struktur und Teile der *dynamischen* Struktur sind, wie schon angesprochen, nicht unbedingt positivrechtlich normiert.

*a) Widerspruchsfreiheit* (»Wenn zwei Regeln miteinander in Konflikt stehen, dann kann eine von ihnen keine gültige Regel sein«[159]). Die meisten Rechtstheoretiker betrachten Widerspruchsfreiheit als selbstverständliche Eigenschaft von Rechtssystemen; ein System mit Widersprüchen wäre demnach gar keines. In der *Reinen Rechtslehre* ist beispielsweise die Widerspruchslosigkeit (in bezug auf Normen, nicht auf Aussagen wohlgemerkt) Ausfluß der durch die Grundnorm konstituierten »logischen Einheit der Rechtsordnung« und diese »Einheit drückt sich auch darin aus, daß eine Rechtsordnung in Rechtssätzen beschrieben werden kann, die sich nicht widersprechen«[160]. Da die Grundnorm sich auf die Kompetenz zur Setzung von Rechtsnormen bezieht, bedeutet dieses Prinzip eine Einschränkung eben dieser Kompetenz auf die Setzung voneinander nicht widersprechenden Normen, dies allerdings nicht auf der Ebene der Setzung selbst, sondern Kelsen zufolge auf der Ebene der Rechtserkenntnis, woselbst der Widerspruch als Schein sich erweist, denn als »Erkenntnis des Rechts […] geht sie von der Annahme aus, daß Normenkonflikte innerhalb des ihr gegebenen – richtiger, aufgegebenen – Normenmaterials im Wege der Interpretation gelöst werden können und gelöst werden müssen«[161]. Andere Theoretiker und bezeichnenderweise Kelsen selbst in seinem Spätwerk *Allgemeine Theorie der Normen*[162] sehen die logische Struktur von Rechtssystemen allgemeiner und lassen explizite Widersprüche (Unverträglichkeiten) zwischen Normen zu[163]. Vorstellbar sind

158 W. Ott – Der Rechtspositivismus, S. 120 f.

159 R. Dworkin – Bürgerrechte ernstgenommen, S. 62.

160 H. Kelsen – Reine Rechtslehre, S. 209.

161 A.a.O. S. 210.

162 »Ein Normenkonflikt liegt vor, wenn eine Norm ein bestimmtes Verhalten, eine andere die Unterlassung dieses Verhaltens als gesollt setzt. […] Im Falle eines Normenkonflikts sind beide Normen gültig; […] Die durch einen Normenkonflikt geschaffene Situation besteht darin, daß, wenn die eine der beiden in Konflikt stehenden Normen befolgt wird, die andere verletzt wird, nicht aber darin, daß nur eine der beiden gelten kann.« H. Kelsen – Allgemeine Theorie der Normen, S. 168; dazu ausführlich O. Weinberger – Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik, S. 98 ff.

163 Nach Alchourrón und Bulygin ist das Vorliegen von normativen Widersprüchen allein eine Frage der Konsistenz des Systems und nicht maßgeblich für die Frage, ob überhaupt ein System besteht. Nach

auch Mittelwege, die vorsehen, daß Widersprüche zwar im Normbestand des Systems zugelassen werden, dies aber entweder bloß eine logische Mangelhaftigkeit bedeutet[164] oder die Widersprüche im Wege der Anwendung eliminiert werden, so daß im Ergebnis keine Unverträglichkeiten mehr vorkommen[165].

b) *Vollständigkeit* (»Die Menge dieser gültigen Regeln stellt ›das Recht‹ erschöpfend dar«[166]). Eine weitere Steigerung der Strukturiertheit eines Normensystems bildet das Postulat der Vollständigkeit. Vollständigkeit bedeutet die Abwesenheit von Lücken im System oder so viel wie die Zuweisung von rechtlichen Lösungen zu jedem denkbaren Fall. Vollständigkeit läßt sich durch (ev. nur vorausgesetzte und nicht positiv normierte) Vervollständigungsnormen von der Art des (das Problem freilich nicht erschöpfend lösenden) Grundsatzes ›was nicht ausdrücklich verboten ist, das ist erlaubt‹[167]. Auch hier ist der allgemeinere Begriff der, der Unvollständigkeit zuläßt.

c) *Unabhängigkeit (Redundanz)*. Hier liegt ein Maß für die Unabhängigkeit der Normen voneinander vor[168]. Die Ordnung des Systems nimmt zu, wenn die

---

ihnen bildet jede Menge von Normen ein System: »Allgemein gesagt ist ein normatives System α *inkonsistent (widersprüchlich)* in einem Fall $F_i$ […], wenn α $F_i$ so mit zwei oder mehreren Lösungen korreliert, daß die Konjunktion dieser Lösungen ein deontischer Widerspruch ist. […] Für einige Autoren scheint Konsistenz eine notwendige Eigenschaft von Systemen zu sein. Nach dieser Ansicht ist eine inkonsistente Menge von Normen kein System. Eine solche Einschränkung der Bedeutung von ›System‹ wäre allerdings kaum ratsam.« C.E. Alchourrón, E. Bulygin – Normative Systeme, S. 117 f. Ähnlich in dies. – Fundamentos pragmáticos para una lógica de normas, S. 160: »Por último, no podemos decir que !p y !~p son incoherentes en el sentido de que no pueden coexistir en un cuerpo de normas, porque de hecho es perfectamente posible que x dicte las dos órdenes !p y !~p, por lo tanto, p y ~p pueden coexistir en A.«

164 »Die Einheit des Normensystems kommt in dem Postulat der Widerspruchsfreiheit zum Ausdruck. Das Postulat besagt nicht, daß jedes Normensystem widerspruchsfrei ist, sondern daß es widerspruchsfrei sein soll, d.h. daß es nur dann logisch einwandfrei ist, wenn es logisch widerspruchsfrei ist.« O. Weinberger – Normenlogik und logische Bereiche, S. 184.

165 Zum Thema einer Trennung von Normrechtfertigung und Normanwendung in jeweils eigenen ›Diskursen‹ K. Günther – Der Sinn für Angemessenheit.

166 R. Dworkin – Bürgerrechte ernstgenommen, S. 47.

167 »Genau dann, wenn vorausgesetzt wird, daß das Normensystem abgeschlossen ist, d.h. daß in diesem System nur das gesollt ist, was ausdrücklich als gesollt festgesetzt wurde, und wenn gleichzeitig vorausgesetzt wird, daß das System konsistent (widerspruchsfrei) ist, gilt der Grundsatz ›Was nicht verboten ist, ist erlaubt‹« O. Weinberger – Rechtslogik, S. 233. Von einer bedingungslosen Geltung des Postulats geht offenbar Joseph Raz aus: »(xi) According to every momentary legal system, every act-situation which is not prohibited by a specific law of the system is permitted. Thesis (xi) is true whatever the content of the legal systems may be.« J. Raz – The Concept of a Legal System, S. 170.

168 C.E. Alchourrón, E. Bulygin, a.a.O. S. 49.

Redundanz, daß also Normen in verschränkter Weise doppelt oder mehrfach das gleiche normieren, abnimmt[169].

An die Stelle der summarischen Behauptung, Recht bilde ein Normensystem, hat also die genaue Analyse und Aufklärung der *Strukturen* sowohl in dynamischer als auch in logischer Hinsicht zu treten, die mit der Annahme eines solchen Systems zugleich gesetzt sind. Daran anschließen wird sich die nicht minder problembeladene Analyse der Eigenschaften der *Elemente* des Systems, seien es nun Normen, Rechtssätze, Aussagen über Rechtssätze, Befehle oder andere (wovon im nächsten Kapitel die Rede sein soll).

Einen weiteren bedeutenden Schritt in Richtung auf die Aneignung (meta-)mathematischer Denkweisen im 20. Jahrhundert wird im Werk der beiden argentinischen Rechtsphilosophen Carlos E. Alchourrón und Eugenio Bulygin grundgelegt, namentlich in deren Hauptwerk *Normative Systems* von 1971[170]. Ausgangspunkt ist die allgemeine Theorie von deduktiven Systemen i.S.v. Alfred Tarski[171]. Systeme sind demnach Mengen von Sätzen einschließlich aller durch vorgegebene Folgerungsregeln ableitbaren Sätze[172]. In *Normative Systems* wird auf dieser Basis ein Normensystem konstruiert, wobei Normen definiert sind als Ausdrücke, die *Fälle* (aus einer vorgegebenen Definitionsmenge genannt »Universum von Fällen«) mit *Lösungen* (aus einer »Universum von Lösungen« bezeichneten Menge) korrelieren[173] mit einer methodologischen Behandlung dieser Normen – wie betont

169 »Ein Axiomensystem heiße unabhängig genau dann, wenn sich jeweils weder ein Axiom noch eine abgeschwächte – wenngleich noch informative – Fassung des Axioms aus den übrigen Axiomen herleiten lasse. [...] Mit dem Erfordernis der Unabhängigkeit von Axiomensystemen ist die Erfassung des Inhalts des zu axiomatisierenden Gebiets mithilfe einer möglichst kleinen Menge möglichst knapper Sätze gemeint.« J. Rödig – Kennzeichnung der axiomatischen Methode, S. 61.

170 C.E. Alchourrón, E. Bulygin – Normative Systeme (deutsche Übersetzung von *Normative Systems*); als Kurzcharakterisierung M. Atienza – El sentido del Derecho, S. 73 f.

171 A. Tarski – On some Fundamental Concepts of Metamathematics.

172 »Formalized deductive systems from the field of research of metamathematics [...] are regarded [...] as sets of *sentences*. [...] From the sentences of any set X certain other sentences can be obtained by means of certain operations called *rules of inference*. These sentences are called the *consequences of the set* X. The set of all consequences is denoted by the symbol Cn (X).« A. Tarski, a.a.O. S. 30.

173 »Sätze (d.h. sprachliche Ausdrücke), die Fälle mit Lösungen korrelieren, sollen *Normen* heißen.« C.E. Alchourrón, E. Bulygin, a.a.O. S. 46; ähnlich die Konzeption Wolfgang Fikentschers, der Recht als Gesamtheit von ›Fallnormen‹ konzipiert – »Die Summe aller Fallnormen ist das (objektive) Recht« –, wobei »die Fallnorm diejenige Regel des objektiven Rechts ist, die einem lösungsbedürftigen Sachverhalt eine ihn regelnde Rechtsfolge zuordnet.« W. Fikentscher – Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung Bd. IV, S. 218 bzw. S. 176.

wird – »auf rein syntaktischer Ebene«[174]. In der resultierenden syntaktischen Rechtstheorie dienen beliebige Mengen von Sätzen als Ausgangsbasis, enthaltend (solchermaßen definierte) Normen, aber auch andere Sätze, die, wie z.B. Definitionen, nicht als Rechtsnormen im traditionellen Sinn verstanden werden können und schon gar nicht als Zwangsnormen. Die Beliebigkeit der Ausgangsbasis ist ein besonderes Kennzeichen dieser Theorie und erlaubt es in gleicher Weise, vom Normensystem der gesamten Rechtsordnung eines Staates zu sprechen, wie von Subsystemen, oder auch bloßen *Ad-hoc*-Systemen, in welchen von einer vom Juristen zur Lösung eines Problems ausgewählte Mengen von Sätzen aus der Gesamtrechtsordnung auf ihre (norm-)logischen Folgerungen hin untersucht werden. System ist dabei stets die Zusammenfassung der Ausgangsbasis A mit allen ableitbaren Folgesätzen Cn(A), nicht die Basis allein. Auf diese Weise läßt sich auch die Tätigkeit des wissenschaftlichen Systematisierens in den Begriff integrieren, insofern es sich dabei um einen Wechsel der Basis handelt, der aber die normativen Konsequenzen, die Menge Cn(A) unberührt läßt. Solchermaßen bleibt die Rechtswissenschaft auf die Erzeugung normativ äquivalenter Systeme beschränkt und vermeidet es, selbst als (apokryphe) Rechtsquelle in Erscheinung zu treten[175].

Die logische Struktur des normativen Systems ist ganz abhängig von den zugrundegelegten Folgerungsregeln, die wiederum die Frage nach den logischen Beziehungen zwischen Normen als Grundsatzproblem aufwerfen. Tarskis deduktives System ist unmittelbar anwendbar nur, wenn allgemeingültige Folgerungen, die Normen verknüpfen, auf Beziehungen zwischen Aussagesätzen zurückführbar sind, wie z.B. Ulrich Klug oder Georges Kalinowski annehmen[176]. Sollte dagegen eine eigene Normenlogik notwendig und für die Ableitung von Normsätzen bestimmend sein, hat das möglicherweise auch Auswirkungen auf die Konstruktion von Konsequenzensatzmengen. Was die dynamische Struktur angeht, so handelt es sich dabei um eine Struktur, die auf den Konsequenzenmengen, die als Momentansysteme im oben besprochenen Sinn aufzufassen sind, aufbaut. Das einfachste Modell für ein zeitübergreifendes System, das Alchourrón und Bulygin diskutieren, ist das – wie man es nennen könnte – *Rex-dixit*-Modell[177], in dem generelle Anordnungen von einem mythischen Gesetzgeber *(Rex)* promulgiert *(dicere)* und auf eine Liste gesetzt werden, die definitionsgemäß in zeitlichen Schritten nur wachsen kann; es werden keine Normen

174 A.a.O. S. 29.

175 In diesem Punkt gibt es eine Kontroverse mit Aulis Aarnio.

176 U. Klug – Juristische Logik, S. 64, unter Berufung auf J. Rödig – Kritik des Normlogischen Schließens; G. Kalinowski – Über die Bedeutung der Deontik für Ethik und Rechtsphilosophie, S. 107 ff.

177 C.E. Alchourrón, E. Bulygin – La conceptión expresiva de las normas, S. 128.

von der Liste wieder entfernt[178]. Die Anordnungen der Liste bilden die Basis, aus der die normative Konsequenzensatzmenge abgeleitet wird. Das zeitübergreifende System bildet dann nicht eine Menge von Konsequenzen, sondern eine Menge von normativen (Momentan-)Systemen, »no un conjunto, sino una *secuencia* de conjuntos ($A_1$, $A_2$ … $A_n$)«[179], also eine Menge, deren Elemente selbst wieder Mengen sind.

Die ganze Technik der Systembildung bringt die juristische Systematik wieder in die Nähe axiomatischer Konstruktionen[180], wo sie sich im Naturrecht des 17. und 18. Jahrhunderts schon einmal befunden hat. Nur sind die Axiome dieses Mal nicht evidente Sätze der Vernunft[181], aus denen Recht zu deduzieren wäre, sondern beliebige Satzmengen mit (insgesamt) normativem Inhalt[182]. Die abgeleiteten Sätze haben die Stellung von Theoremen, die im logischen Kalkül beweisbar sind[183]. Die Lösung eines juristischen Falles besteht in der Auffindung bzw. – da es sich dabei um ein im Prinzip mechanisch abarbeitbares Problem handelt – die Benennung der zugeordneten Lösung. In einer syntaktischen Rechtstheorie kommt das einem logischen Spiel mit Zeichenketten gleich, die eigentliche *crux* liegt im Übergang von der syntaktischen zur semantischen Ebene (von der Objektsprache zur Metasprache), wenn es gilt, die Zeichen zu interpretieren und mit konkreten Lebenssachverhalten zu identifizieren bzw. zuvor am anderen Ende Enuntiationen des Gesetzgebers syntaktisch zu repräsentieren. Hier wird ein gewisses und vermutlich nicht geringes Maß an Dezisionismus im Prozeß sich der Elimination verweigern, womit der Vorstellung, ein mit einem Alchourrón/Bulygin-System programmierter Computer könne

178 »Esos conjuntos sólo pueden ser aumentados con nuevas proposiciones, pero no pueden ser diminuados.« A.a.O.

179 A.a.O.

180 »Man kann ein axiomatisches System allgemein als die Gesamtheit der Folgen definieren, die sich aus einer endlichen Menge von Sätzen ableiten lassen. Diese Menge wird die axiomatische Basis oder einfach Basis des Systems genannt. Jede Menge von Sätzen kann als Basis eines Axiomensystems dienen, sofern es sich um eine endliche Menge handelt; die Anzahl der Sätze spielt dann keine Rolle.« C.E. Alchourrón, E. Bulygin – Normative Systeme, S. 95.

181 »Die alte, bis ins 19. Jahrhundert hinein herrschende Auffassung von der erkenntnistheoretischen Bedeutung der Axiome ging dahin, daß Axiome nach ihrer *Evidenz* zu beurteilen seien. […] Der entscheidende Bedeutungswandel des Wortes ›Axiom‹ vollzog sich erst im Anschluß an die Entwicklung nicht-euklidischer Geometrien im 19. Jahrhundert.« W. Ott – Der Rechtspositivismus, S. 122 f.

182 »Es ist nicht erforderlich, daß diese Basissätze wahr, unabhängig oder auch nur konsistent sind. Die Konsistenz der Basissätze ist von Bedeutung nur für die Konsistenz des Systems, nicht aber für seine Existenz. (Auch ein inkonsistentes System bleibt doch ein System […]).« A.a.O. 95 f. Ähnlich J. Rödig – Kennzeichnung der axiomatischen Methode, S. 61 f.

183 Zur in gewissem Umfang willkürlichen Unterscheidung Axiom/Theorem in axiomatisierten Rechtssystemen siehe J. Rödig, a.a.O. S. 57 ff.

nach dem Vorbild des MONTESQUIEUschen Subsumtionsapparates an die Stelle des Richters treten, prinzipielle Grenzen gesetzt sind.

Ein *zweiter*, schwerer wiegender *Einwand* gegen die Gleichsetzung von Momentansystemen von Normen mit Dedekind-Systemen rührt aus der ontologischen Struktur der Elemente, der Normen her. Ausgangspunkt ist ein merkwürdigerweise selten thematisiertes Problem, das die Identität der Norm, die für die Definitheit der Menge unabdingbar ist, angeht. Es sind zwar die Arbeiten Legion, die dem Begriff der Norm gewidmet sind[184], aber der Übergang von der Analyse der Einzelnorm zur strukturierten Vielheit im System wird, soweit überhaupt Gegenstand der Reflexion, typischerweise für unproblematisch gehalten. Eine der wenigen Äußerungen dazu findet sich bei RUPERT SCHREIBER: »Als Aufteilung des Gegenstandes der Untersuchung bietet sich die Aufteilung in einzelne Rechtsnormen an. Kann die Rechtsordnung als Inbegriff von einzelnen Rechtsnormen aufgefaßt werden, so kann man die Analyse auf die einzelne Rechtsnorm beschränken. Wenn dann für alle Rechtsnormen die Untersuchungsergebnisse als gültig erwiesen sind, können diese auf die Gesamtheit der Rechtsnormen, d.h. auf die gesamte Rechtsordnung, als gleichermaßen gültige Erkenntnis übertragen werden«[185]. Genau diese Unterstellung einer problemlosen Übertragbarkeit von Verhältnissen im kleinen zu komplexen Systemen könnte sich als Irrtum erweisen.

Dazu einige Überlegungen. Gesetzt, man definierte einen Operator $A_n$, der angewendet auf ganze Normensysteme N(t) die Anzahl der Normen angäbe: $A_n(N) = n$, wobei $n \in \mathbb{N}$ die Anzahl der im System geltenden Normen wäre. Wenn ein System aus einer Menge von Normen besteht, dann muß für jedes Element Klarheit darüber bestehen, ob es zur Menge gehört, oder nicht. Vorausgesetzt weiters die Identität der Normen mit sich selbst muß mithin die Anzahl der Normen für jedes Momentansystem zu einem bestimmten Zeitpunkt $t_0$ feststehen. $A_n(N, t_0)$ gibt diese Zahl an. Angewendet auf die leere Menge { } ist $A_n = 0$, angewendet auf ein System, bestehend aus einem isolierten Normsatz, 1, angewendet auf ein System mit n Normen, n etc. Diese Definition eines Anzahloperators ist jedoch nicht ohne weiteres verträglich mit der weiteren, daß im Falle zweier normativ völlig äquivalenter Normensysteme in Wahrheit nur ein einziges vorliegt, daß also Verschiedenheit normativer Systeme Verschiedenheit in den normativen Folgen, die sich aus dem System ziehen lassen, bedingt, nicht aber aus unterschiedlicher innerer Anordnung der Normen im System abgeleitet werden kann. Nehmen wir zur Illustration an, in einem Staat wird die Norm ›männlichen Einwohnern ist untersagt, p zu tun‹ erlassen und einige Zeit darauf die Norm ›weiblichen Einwohnern ist untersagt, p zu tun‹. Das Verbot, p zu tun, besteht

184 Es genügt ein Blick in J. Berkemann, P. Strasser – Bibliographie zur Normenlogik.

185 R. Schreiber – Die Geltung von Rechtsnormen, S. 3.

dann im System aus zwei Normen. Gesetzt nun, der zweite Normierungsakt hätte in der Aufhebung der ersten Norm und gleichzeitigen Erlassung der Norm ›(Allen) Einwohnern ist es untersagt, p zu tun‹ bestanden. Damit wäre dieselbe Rechtslage, derselbe normative Gehalt durch eine einzige Norm repräsentiert worden. Die den beiden unterschiedenen Fällen entsprechenden Normensysteme sind offenkundig normativ äquivalent, kein denkbarer Fall (abgesehen von dem, daß ein Einwohner weder männlich noch weiblich ist, der hier außer Betracht bleiben soll) wird im einen System normativ anders geregelt als im anderen. Ein Unterschied besteht lediglich in der unterschiedlichen Genese der Systeme und daraus resultierend der Zahl der Normen. Tatsächlich nimmt etwa Joseph Raz an, die Gliederung eines *legal systems* in Normen (Gesetze) sei abhängig von der Geschichte und der gewählten Formulierung der normsetzenden Autorität[186]. Im Ergebnis sind die Folgen aus den Annahmen aber schwerwiegend: entweder ist das Konzept der normativen Äquivalenz bedeutungslos, oder Normensysteme haben *keine definite Anzahl von Normen*. Will man aus guten Gründen auf ›normative Äquivalenz‹ nicht verzichten, folgt aus letzterem, daß Normensysteme nicht *Mengen* von Normen sein können. Die Schwierigkeiten bestehen nicht – womit zugleich ein Ausweg aus dem Dilemma angedeutet sei – bei Systemen bzw. Mengen von Normsätzen, denn diese sind zählbar; jedoch wird dann äquivalenter normativer Gehalt i.a. durch verschiedene Normsatzsysteme repräsentierbar sein[187].

## (2) Das Recht als Norm

### *Die Sphäre des ›Sollens‹*

Die Norm ist das *átomon eidos*, das Unteilbare und Unersetzbare der modernen Rechtstheorie[188], oder in den Worten Robert Alexys: »Der Begriff der Norm ist einer der Grundbegriffe der Jurisprudenz, wenn nicht der Grundbegriff dieser Wis-

186 »The individuation of laws partly depends on the way in which the legislator happened to formulate the legal material.« J. Raz – The Concept of a Legal System, S. 76.

187 Siehe dazu unten den Schluß von Kapitel 3.

188 »Der Rechtssatz ist gleichsam das Atom des Rechts«. W. Fikentscher – Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung Bd. IV, S. 218. Wenn dagegen in einem zentralen Werk eines namhaften Rechtstheoretikers zu lesen steht: »Es ist zweckmäßig, zwischen den folgenden sechs ›Komponenten‹ bzw. ›Bestandteilen‹ von Normen, die Vorschriften sind, zu unterscheiden: dem Charakter, dem Inhalt, der Anwendungsbedingung, der Norm-Autorität, den Norm-Adressaten und der Situation« (G.H.v. Wright – Norm und Handlung, S. 79), dann widerspricht dies nur scheinbar dem hier Behaupteten, insoweit die angeführten Komponenten oder Bestandteile wohl eher als *Aspekte* der Norm zu verstehen sind. Siehe auch Raz' »Elements of a Norm«, J. Raz – The Concept of a Legal System, S. 50 ff.

senschaft überhaupt«[189]. Mit dieser exklusiven Stellung ist ein vorläufiger Schlußpunkt in einem Prozeß gesetzt, der von Wolfgang Fikentscher als »das zunehmende Denken in Normen« beschrieben worden ist. Er erkennt darin zugleich ein Symptom für die Krise des Gesetzes- und Kodifikationsdenkens wie auch das Mittel, die Autorität des Gesetzes im Zeitalter seiner positivistischen Expansion zu wahren (indem man versucht, »auf den ›wahren‹ Bestandteil des Gesetzes zurückzugehen, auf die Norm, die aller Gesetzlichkeit zugrunde liegt«[190]).

Wird Recht als Normensystem konzipiert, fungieren – bei aller Uneinigkeit über Definition und Bedeutungsgehalt dieses Begriffs – in der jüngeren Rechtswissenschaft gewöhnlich stets *Normen* als kleinste Einheiten, *quasi* als standardisierte Bausteine aus einem Katalog sorgsam abgegrenzter Grundtypen wie z.B. unbedingte und bedingte Normen oder Gebots-, Verbots- oder Erlaubnisnormen, weiters Ermächtigungsnormen und andere Spezialfälle. Diese Grundtypen bleiben *prima facie* unberührt davon, ob nun Normen mit dem sie ausdrückenden Satz identifiziert oder als ›Bedeutung‹ von diesem ontologisch unterschieden werden. Diese Wahl des Systemaufbaus situiert die Rechtstheorie in den Rahmen einer allgemeineren Theorie sozialer Normen, eben in der Weise wie die Rechtsnorm zum Spezialfall allgemeinerer sozialer Normen wird neben anderen Unterformen, wie Moral-, Sittlichkeits- oder Höflichkeitsnormen. Die Frage danach, was Recht sei, wird damit transformierbar in die Frage nach dem spezifisch Unterscheidenden, dem Kriterium, das es erlaubt, soziale Normen im engeren Sinn als Rechtsnormen zu verstehen: es genügt dann in altbewährter definitorischer Manier auf die *differentia specifica* zum *genus proximum* ›Sozialnorm‹ zu verweisen, um zu zeigen, was Recht ist, d.h. es genügt zu zeigen, was alles *nicht* Recht ist. Dieser normzentrierte Zugang zum Problem, der die stillschweigende Voraussetzung einschließt, »daß alle Arten von Normen gemeinsame Merkmale haben«[191], ist tatsächlich weit verbreitet und beinahe etwas Selbstverständliches geworden, mitunter gesteigert zum Postulat eines umfassenden Anspruches des normativen Erklärungsmodells im Recht. So heißt es beispielsweise bei Peter Koller: »Die Grundelemente *jeder* Rechtsordnung sind damit also Normen«[192], was – nimmt man den Satz wörtlich – ausschließt, eine Rechtsordnung, die sich einer

189 R. Alexy – Theorie der Grundrechte, S. 40.

190 W. Fikentscher – Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung Bd. IV, S. 137.

191 K. Opałek – Theorie der Direktiven und der Normen, S. 3.

192 P. Koller – Theorie des Rechts, S. 65 (Hervorhebung nicht im Original). Auch von ganz anderer Seite, von positivismuskritischen Positionen, die im Recht immer noch einen Teil praktischer Vernunft sehen, ist solches zu hören: »Zunächst ist ganz unstrittig, daß das heutige Recht aus Normen besteht und aus Normen bestehen muß.« M. Kriele – Recht und praktische Vernunft, S. 25.

adäquaten Repräsentation im Begriffsapparat der Normentheorie entzieht, auch nur für möglich zu halten[193]. Das Verhältnis von Norm und System gleicht dabei – grob gesprochen – dem eines Baukastens: Recht wird durch Hinzunahme (Erlassung) und Streichung (Derogation) von Normen umgestaltbar, das Gestaltete bis in atomare Zusammenhänge zergliederbar und das Zergliederte erweist sich voraussetzungsgemäß als homogen und typisiert. Ein Verständnis der Einzelnormen verbürgt dabei im Prinzip das Verständnis des aus vielen solchen Einzelnormen gefügten Systemganzen, d.h. der Rechtsordnung insgesamt.

Was aber ist eine ›Norm‹? Wer noch vor der Antwort auf die Frage nach dem Spezifischen der Rechtsnormen wissen möchte, was jenes ›Allgemeine‹ der Norm oder Sozialnorm darstellt, wird zumeist entweder auf noch generellere Schemata verwiesen, wie z.B. Kasimierz Opałeks Definition der Norm als Spezialfall der Direktiven[194] oder Ota Weinbergers Lehre von den Normen als Sonderfall allgemein praktischer Sätze[195], oder aber mit dem soziologischen Faktum der Regelungsbedürftigkeit menschlicher Handlungen konfrontiert[196]. In der einen oder anderen abgewandelten Form wird Thomas Hobbes grundlegende Einsicht referiert, daß ohne Normen Friede und gedeihliches soziales Zusammenleben unmöglich oder doch unwahrscheinlich sei. Normen haben – faßt man die genannten Aspekte als Er-

193 In eine ähnliche Richtung geht Ota Weinbergers »Postulat der Ausschließlichkeit des Normensystems« (»Jede normative Betrachtung fußt auf einem Normensystem«) in Verbindung mit seiner »Normenlogischen Positivitätsthese« (»Was normativ gilt, kann in einer entsprechenden präskriptiven Sprache ausgedrückt werden. Es ist sinnlos, von einem Sollen zu sprechen, welches sprachlich nicht formulierbar wäre, ebenso wie es sinnlos ist, von einem Sollen zu sprechen, ohne anzugeben oder zu wissen, was gesollt ist.«); O. Weinberger – Normenlogik und logische Bereiche, S. 183. Auch hier ist ein in Normen grundsätzlich ›nicht artikulierbares‹, weil nur in lebendiger ritueller Praxis existentes Recht *per se* ›sinnlos‹.

194 »[...] scheint es erforderlich, den bisher diskutierten Bereich der Normen zu überschreiten und die Normentheorie als Teil einer mehr umfassenden Theorie zu betrachten, die wir Theorie der Direktiven nennen. Neben den Normen [...] gibt es in den Kommunikationsprozessen noch zahlreiche andere Arten von Aussagen, die [...] zu den Normen in einer engen Verwandtschaft stehen [...] wie Befehle, Wünsche, Empfehlungen, Bitten, Warnungen, Ratschläge usw. [...] Normen [können] als ein besonderer Fall der Direktiven betrachtet [...] werden.« K. Opałek – Theorie der Direktiven und der Normen, S. 8. Die Definition der Norm fällt dann, nach längerem theoretischen Vorgeplänkel, ziemlich umständlich aus: »Der Begriff ›Norm‹ erstreckt sich auf alle Kategorien der verbalen Akte der unbedingten Beeinflussung des Verhaltens – kategorische und hypothetische, persönliche und unpersönliche, abstrakt-generelle und konkret-individuelle. Der Terminus ›Norm‹ deckt somit [...] auch das, was mit den Termini ›Prinzip‹, ›Regel‹ und ›Befehl‹ angesprochen wird.« A.a.O. S. 101.

195 »Zu den praktischen Sätzen gehören [...] Normsätze [...] Wertsätze [...] Wunschsätze, sowie Sätze, die Ziele ausdrücken.« O. Weinberger – Norm und Institution, S. 55.

196 Z.B. P. Koller, a.a.O. S. 53ff.

gebnis einer ersten Reflexion über die Spezifika der ›Norm‹ zusammen – eine Doppelstellung als *soziale* und als *linguistische* Entitäten. Ein anderer Zugang, der das Ergebnis im wesentlichen bestätigt, besteht darin, das ›Bedeutungsfeld‹ des Begriffs ›Norm‹ zu untersuchen und entsprechende Klassifizierungen vorzunehmen, wie das Georg Henrik von Wright getan hat. Die Struktur, die von ihm herausgearbeitet wurde, kennt drei Hauptgruppen: *Regeln*, *Vorschriften* und *Direktiven* (d.s. ›technische Normen‹, nicht zu verwechseln mit den Direktiven Opałeks)[197]. Der Begriff umfaßt so einen Teilausschnitt des Begriffs ›Gesetz‹; letzteres kann deskriptive (Naturgesetze), präskriptive (Vorschriften) oder festsetzende Bedeutung haben (Spielregeln, Regeln der Logik und Mathematik). Der Begriff ›Norm‹ umfaßt nur die beiden letztgenannten Bedeutungen[198].

Ein drittes für entscheidend gehaltenes Merkmal der Eigenart von Normen (i.S.v. v. Wright: Vorschriften) liegt in der Zuordnung zu einer exklusiven *Sphäre des Sollens* bzw. des *Präskriptiven*. Normen beziehen sich auf ein *Seinsollen* und nicht auf ein *Sein*. Die Gegensätze deskriptiv/präskriptiv bzw. Sein/Sollen und alle damit verbundenen Schwierigkeiten sind stets präsentes Thema, wenn es um Eigenschaften und Eigenarten von Normen geht. Die strenge *a priori* festgesetzte Sphärentrennung gilt dabei (mindestens im rechtspositivistischen Lager) als unumstößlicher Grundsatz[199], so unbefangen und selbstverständlich vergangene Zeitalter auch vom Gegenteil ausgegangen sein mögen[200]. Die ›Trennungsthese‹ wurde geradezu als das definitorische Merkmal des Rechtspositivismus aufgefaßt[201]. Aus einem Sein sei kein Sollen ableitbar und umgekehrt aus einem Sollen kein Sein.

Die rigide Trennung wird dabei von einer (von manchen Normenlogikern zum Ausgangspunkt für Formalisierungen herangezogenen) Struktur überlagert, einem bemerkenswerten Parallelismus zwischen Aussagen und Normen bzw. zwischen

197 G.H.v. Wright – Norm und Handlung, S. 22 ff.

198 Im Vordergrund der rechtstheoretischen Betrachtung stehen die Vorschriften. Bezeichnend an der Analyse ist, daß von Wright im Zuge seiner Differenzierungen die Gleichsetzung von ›normativ‹ und ›präskriptiv‹ ablehnt.

199 »Auch die juristische Logik hat ihre Dogmen. Ein Dogma in der negativen Bedeutung des Wortes, nämlich eine nicht hinterfragte, der Diskussion nicht ausgesetzte Theorie ist es jedenfalls, wenn angenommen wird, daß Seinssätze aus Sollenssätzen nicht ableitbar sind.« G. Otte – Asymmetrie zwischen Sein und Sollen, S. 162. John L. Austin mit seiner Neigung, philosophische Kategorienbildung zu desavouieren, spricht im Zusammenhang mit der Sein/Sollens-Dichotomie gar von einem Fetisch; dazu S. Krämer – Sprache, Sprechakt, Kommunikation, S. 151.

200 Vgl. P. Prodi – Eine Geschichte der Gerechtigkeit, S. 300 f.

201 R. Dworkin – Bürgerrechte ernstgenommen, S. 46 f.; H.L.A. Hart – Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral, S. 17 u. 23. Vgl. O. Höffe – Politische Gerechtigkeit, S. 122 ff.

Aussagesätzen und Normsätzen. Der späte Kelsen spricht in diesem Zusammenhang von ›Sein‹ und ›Sollen‹ als »zwei voneinander wesensverschiedene[n] Modi«, denen doch ein gemeinsames »modal indifferentes Substrat« zugrunde liegt[202], in der Weise, daß ein und derselbe Sachverhalt (es werden auch die Termini ›Leitthema‹ oder ›Satzradikal‹ verwendet[203]) je nach Anwendung eines Behauptungs- bzw. Assertionsoperators ›⊦‹[204] oder eines Sollens- bzw. Gebotsoperators ›!‹ zum Inhalt eines Aussagesatzes oder eines Normsatzes wird. Ein und derselbe neutral gefaßte Sachverhalt p ließe sich einerseits ›behaupten‹ (⊦p) und andererseits ›gebieten‹ (!p), würde im ersteren Fall auf ein *Sein* bezogen (p ›ist‹, d.h. die Aussage, ›daß p ist‹, ist wahr), in letzterem auf ein *Seinsollen* (p ›soll sein‹, d.h. die Norm, ›daß p sein soll‹, gilt).

---

202 »›Sein‹ und ›Sollen‹ sind zwei voneinander verschiedene *Modi*, zwei verschiedene Formen, die einen bestimmten Inhalt haben. In den Aussagen, daß etwas ist und daß etwas (sein) soll, muß man zwei verschiedene Bestandteile unterscheiden: *Daß* etwas ist und *was* ist; *daß* etwas (sein) soll, und *was* (sein) soll. Das *was* ist und *was* soll, der Inhalt des Seins und der Inhalt des Sollens ist ein *modal indifferentes Substrat.*« H. Kelsen – Allgemeine Theorie der Normen, S. 46; zu diesem Passus und zum Einfluß modallogischer Positionen auf Kelsen O. Weinberger – Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik, S. 48 f.

203 »Die Theorie der Normsatzstruktur geht davon aus, daß der elementare Normsatz aus zwei Bestandteilen besteht: aus einem normativen Operator und einer Sachverhaltsbeschreibung, auf die sich der Operator bezieht. […] jener Teil, der eine Sachverhaltsbeschreibung darstellt, [wird] als neutraler Bestandteil angesehen […] aus dem – je nach der Art des Operators – entweder ein Aussagesatz oder ein Normsatz gebildet werden kann. Wir werden von ›normativen Operatoren‹ sprechen und deren Argument ›Satzradikal‹ nennen. Das Satzradikal drückt den Inhalt eines Norm- oder Aussagesatzes aus. Es ist eine Sachverhaltsbeschreibung.« O. Weinberger – Rechtslogik, S. 228. Von »Satzradikal« spricht im Anschluß an Wittgenstein auch Herbert Keuth: »Wenn p die Beschreibung einer Verhaltensweise ist, so sei !p die Anordnung dieser Verhaltensweise. Dann ist p die Parallel-Aussage der Norm !p. In !p fungiert p wie in O(p) nicht als Aussagesatz, sondern als das der Norm und der Parallel-Aussage gemeinsame Radikal. Wird, wie in der Parallel-Aussage, p kein Zeichen für einen Modus hinzugefügt, so wird der deskriptive Modus unterstellt [d.h. das Zeichen ›⊦‹ nach der hier verwendeten Symbolik]. In !p ist ›!‹ das Zeichen für den präskriptiven Modus.« H. Keuth – Deontische Logik und Logik der Normen, S. 72. Keuth knüpft erklärtermaßen an das Begriffspaar *phrastic/neustic* von Richard M. Hare an, womit dieser die hier unterschiedenen Modi bezeichnet (R.M. Hare – Die Sprache der Moral, S. 38); dazu K. Opałek – Theorie der Direktiven und der Normen, S. 35. Zur Kritik an Keuth siehe G. Kalinowski – Lógica de las Normas y Lógica Deontica, S. 52.

204 Das (von Kelsen im zitierten Zusammenang nicht verwendete) Zeichen ›⊦‹ geht zurück auf Gottlob Frege und ist bei ihm ursprünglich eigentlich eine Zusammensetzung aus einem Zeichen ›–‹ für die Urteilsform und einem diesem vorangehenden Zeichen ›|‹ für die Behauptung des Urteils; siehe G. Frege – Begriffsschrift, S. 1 ff., bzw. ders. – Funktion und Begriff, S. 31 ff.; dazu M. Dummett – Frege. Philosophy of Language, S. 314 f.; zur Bedeutung des Assertionsoperators in der Normenlogik G. Kalinowski – Über die deontischen Funktoren, S. 43 ff. In den *Principia Mathematica* von Whitehead und Russell markiert ›⊦‹ das im logischen System abgeleitete (wahre) Theorem.

Diese beiden durch die zwei Operatorentypen hervorgebrachten Sätze seien dann wechselseitig nicht aufeinander reduzierbar, durch den Begriff der Erfüllung aber bedeutungsmäßig fest aneinander gekettet: der Satz !p (›p soll sein‹) ist erfüllt genau dann, wenn ⊦p (›p ist wahr‹) vorliegt, d.h. wenn der durch p ausgedrückte Sachverhalt verwirklicht ist. Der thematische Komplex {Person A, Türeschließen} verstanden als Satzradikal des ›Türschließens durch A‹ wird durch Anwendung der Operatoren entweder zu ›A schließt die Tür‹ oder zu ›A soll die Tür schließen‹. Damit wäre bei aller formalen Trennung von Sein und Sollen eine gemeinsame Grundstruktur vorhanden und die wechselseitige Nichtableitbarkeit wäre eine Folge der Eigenschaften der ›Satzoperatoren‹. So wie die Norm der eigentliche Kern der Gesetze/Kodifikationen ist, so wäre der Gebotsoperator der eigentliche Sitz des präskriptiven Moments in der Norm, ein formal dem Inhalt Hinzutretendes[205].

Die geschilderte Auffassung ist nicht unproblematisch[206], da hier eine Symmetrie suggeriert wird, die nur mit Einschränkungen besteht. Denn bei den Satzradikalen muß hinsichtlich der Anwendung des Gebotsoperators eine Einschränkung vorgenommen werden, so daß keineswegs jeder Sachverhalt als neutrales Satzradikal herangezogen werden kann. Nur insofern menschliche Handlungen (bzw. allgemeiner: Vernunftwesen) adressiert werden, führt die Anwendung des Gebotsoperators zu einem Normsatz. So ist etwa der Satz ›Der Mond *soll* [i.S. eines Gebotes] keine Rückseite haben‹ darum keine Norm, weil es an möglichen menschlichen Handlungen fehlt, obwohl er formal ein Sollen zum Ausdruck bringt[207]. Als weiterer Einwand läßt sich anführen, daß die Wirkung der Operatoren Mehrdeutigkeiten evoziert, deren Vermeidung nicht schlicht durch definitorische Präzisierung erledigbar

---

205 Außer Betracht bleibt bei dieser vereinfachenden Analogie natürlich die komplexere Struktur der ›Sollens‹-Operatoren, die neben dem ›Gebieten‹ auch das ›Verbieten‹, das ›Erlauben‹ und das ›Ermächtigen‹ erfassen.

206 Daß es tatsächlich möglich ist, im Parallelismus von Aussage und Norm einen gemeinsamen, gewissermaßen neutralen Anknüpfungspunkt auszumachen, der je nach angewandtem Operator in einen deskriptiven oder präskriptiven Modus übergeht, wird energisch bestritten von Kasimierz Opałek: »Die Ansicht, daß die ›Phrase‹, welche die ›Idee des Themas‹ bedeutet, ein ›neutrales‹, für den indikativen Satz und für die Direktive gemeinsames Element sein könnte, erweist sich bei näherer Betrachtung als eine Täuschung.« K. Opałek – Theorie der Direktiven und der Normen, S. 40. Der Graben zwischen Aussagesätzen und Normsätzen erweist sich für Opałek als noch wesentlich tiefer als für andere Normtheoretiker.

207 Der Satz drückt grammatikalisch gesehen auch eher eine Vermutung aus als ein Gebot. Der korrespondierende Aussagesatz ›Der Mond hat keine Rückseite‹ ist übrigens zwar falsch, denn der Mond hat eine der Erde stets abgewandte Seite, aber nicht sinnlos; man denke etwa an die topologischen Beispiele des Möbiusbandes oder der Kleinschen Flasche für nichtorientierbare Mannigfaltigkeiten, die zwar eine Vorderseite haben, aber keine Rückseite.

ist, sondern ein Tor weit in ein Feld äußerst schwieriger Abgrenzungen aufstößt. Es besteht sowohl eine interpretationsbedürftige Mehrdeutigkeit auf Seiten des Assertionsoperators[208] als auch eine Vielfalt an Verwendungsmöglichkeiten des Sollensbegriffes. Der einfache Satz ›A soll morgen kommen‹ kann im Deutschen sowohl eine *Norm* als auch eine *Vermutung*, einen *Wunsch* oder eine *Empfehlung* ausdrücken[209] (und mit etwas anderer Betonung auch noch eine *Frage*). Damit sind die Vieldeutigkeiten jedoch noch nicht erschöpft, denn durch ein Sollen lassen sich – was das gewählte Beispiel nicht wiedergibt – auch *Werte* ausdrücken. Will man die *Sphäre des Sollens*, die für Normen und insbesondere für Rechtsnormen maßgeblich sein soll, präzisieren und aus der ebenso semantischen wie pragmatisch bedingten Ambiguität herauspräparieren, so liegt im Letztgenannten die größte Schwierigkeit[210].

Auf die Verknüpfung von ›Sollen‹ und ›Wert‹ verweist Karl Engisch[211], der sich seinerseits dabei auf Edmund Husserl beruft. Husserl sieht in seiner Analyse des Normativen (»[…] was mit dem *Seinsollen* gegenüber dem schlichten Sein gemeint ist«[212]) den Kern desselben nicht in einer willensbasierten befehlsartigen Struktur, sondern in der engen Verbindung der Norm mit einer Wertsphäre, wonach

---

208 Es muß nämlich unterschieden werden zwischen dem Aussagesatz und seiner Behauptung. Die Behauptung eines Aussagesatzes läßt sich mit John L. Austin zu den Sprechakten zählen, bewirkt also etwas über die Äußerung des Inhalts des Satzes Hinausgehendes, im konkreten Fall die Festlegung auf die Wahrheit des geäußerten Satzes durch den Sprecher. ›Behaupten‹ zählt zu den explizit performativen Verben (vgl. J.L. Austin – Zur Theorie der Sprechakte, S. 102). Der Aussagesatz in seiner unbehaupteten Form liegt gewissermaßen in der Mitte zwischen dem bloßen Satzradikal und dem (performativ) behaupteten Satz. Es müßten demgemäß zwei Operatoren unterschieden werden, einer (›$\vdash_a$‹), der den Ausdruck $\vdash_a p$ (ausgehend vom Satzradikal p) zum *Aussagesatz* macht, und ein weiterer (›$\vdash_b$‹), der explizit die *Behauptung* des Satzes bewirkt. Erst die Kombination von beiden ($\vdash_a \vdash_b p$) macht aus dem Satzradikal eine Behauptung. In gewisser Weise bedeutet das, auf die bei Frege ursprünglich vorgesehene und später verworfene Trennung von Urteilsform ›–‹ und Behauptung ›|‹ im Zeichen ›⊢‹ weiterhin zu insistieren.

209 Vgl. H. Kelsen – Allgemeine Theorie der Normen, S. 226: »Im Sprachgebrauch wird das Wort ›sollen‹ […] auch als Ausdruck einer bloßen Empfehlung verwendet, z.B. in dem Satz: ›Du solltest bei Überschreiten des Fahrweges vorsichtiger sein.‹ Oder als Ausdruck eines Wunsches: ›Es soll doch endlich regnen!‹ ›Wünschen‹ unterscheidet sich von ›Wollen‹ dadurch, daß Wünschen auch auf etwas anderes als menschliches Verhalten gerichtet sein kann.«

210 Ließe sich ein ›Sollen‹ als schiere Präskription unabhängig von vorgängigen, ontologisch gefaßten ›Werten‹ nicht formulieren, so wäre das Projekt des Rechtspositivismus zugunsten eines einmal mehr wiedergekehrten Naturrechtsdenkens zum Scheitern verurteilt.

211 »Schließlich kann man aber auch den Begriff des Sollens durch den Begriff des *Wertes* zu erläutern versuchen: ein Verhalten ist dann gesollt, wenn sein Vollzug positiv bewertet, sein Ausbleiben negativ bewertet wird.« K. Engisch – Einführung in das juristische Denken, S. 22; ihm folgend W. Fikentscher – Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung Bd. IV, S. 129 FN 1.

212 E. Husserl – Logische Untersuchungen Bd. I, S. 53.

»jeder normative Satz eine gewisse Art der Werthaltung (Billigung, Wertschätzung) voraussetzt, durch welche der Begriff eines in bestimmten Sinne ›Guten‹ (Werten) bzw. ›Schlechten‹ (Unwerten) hinsichtlich einer gewissen Klasse von Objekten erwächst«[213]. Moralische Werte sind dafür nur ein Beispiel, ›gut‹ meint gut »im weitesten Sinne des irgendwie Wertvollen [...] z.B. als Nützliches, Schönes, Sittliches u. dgl.«[214]. Der Normsatz und das in ihm zum Ausdruck kommende ›Sollen‹ leitet sich als Urteil ab von einer vorgegebenen Werthaltung, die als solche unabhängig ist von einem (befehlenden) Willen[215]. Auf das Recht angewandt führt das zu einem konsequenten Vorrang allgemeiner Wertstrukturen vor jeglichem imperativ verstandenen Normcharakter des Rechts[216]. Das Beispiel, das Husserl anführt, lautet: »›Ein Krieger soll tapfer sein‹« ist gleichbedeutend mit »nur ein tapferer Krieger ist ein ›guter‹ Krieger und [...] weil dieses Werturteil gilt, hat nun jedermann recht, der von einem Krieger fordert, daß er tapfer sei [...]«[217].

Im umgekehrten Sinn ›Norm‹ und ›Wert‹ identifizierend geht die *Reine Rechtslehre* vor. Für Kelsen konstituiert die autoratitiv gesetzte ›Norm‹ den ›Wert‹, sei er nun Rechtswert oder moralischer Wert – stets ist es ein normgebender Willensakt, der konstitutiv ist[218]. Es ist das in der Norm ausgedrückte (objektive) Sollen, das nicht nur zur Handlungsanleitung dient, sondern *uno actu* wertkreierend wirkt: »Das Urteil, daß ein tatsächliches Verhalten so ist, wie es einer objektiv gültigen Norm gemäß sein soll, ist ein Wert-Urteil, und zwar ein positives Werturteil. Es bedeutet, daß das tatsächliche Verhalten ›gut‹ ist. [...] Eine objektiv gültige Norm,

---

213 A.a.O. S. 55f.

214 A.a.O. S. 54.

215 »Zu enge ist offenbar der ursprüngliche Sinn des Sollens, welcher Beziehung hat zu einem gewissen Wünschen oder Wollen, zu einer Forderung oder einem Befehl, z.B.: Du sollst mir gehorchen; X soll zu mir kommen. Wie wir in einem weiteren Sinn von einer Forderung sprechen, wobei niemand da ist, der fordert, und evtl. auch niemand, der aufgefordert ist, so sprechen wir auch oft von einem Sollen, unabhängig von irgendjemandes Wollen.« A.a.O. S. 53; dagegen scharf H. Kelsen – Allgemeine Theorie der Normen, S. 225f.

216 Ein derartiger Vorrang des Wertes vor der Norm und schon gar vor dem Imperativ wird auch innerhalb der Rechtsphilosophie vertreten, z.B. in Gustav Radbruchs Auffassung, »daß die Rechtsnormen in ihrer Urgestalt die Natur von Maßstäben haben, an denen das Zusammenleben der Einzelnen gemessen wird, nicht von Befehlen, die sich an die Einzelnen richten, daß es seinem Charakter nach aus ›Bewertungsnormen‹, nicht aus ›Bestimmungsnormen‹ zusammengesetzt ist«; erst aus der Notwendigkeit, diese Maßstäbe auch durchzusetzen, ergäbe sich ein Wandel in der Erscheinungsform: »Die rechtlichen Maßstäbe werden deshalb transformiert in ›Imperative‹, d.h. den menschlichen Willen bestimmende Verbote und Gebote [...]«; ders. – Rechtsphilosophie, S. 45.

217 E. Husserl – Logische Untersuchungen Bd. I, S. 53f.

218 H. Kelsen – Reine Rechtslehre, S. 16ff.

die ein bestimmtes Verhalten als gesollt setzt, konstituiert einen positiven oder negativen Wert. […] Die als objektiv gültig angesehene Norm fungiert als Wertmaßstab für tatsächliches Verhalten«[219]. Die Konstitution ist bezogen auf das dazugehörige Normensystem, so daß der konstituierte ›Wert‹ stets einer relativ zu diesem System bleibt. Ein positives Rechtsnormensystem kann so (mit seinen ›Rechtswerten‹) im Verhältnis zu den innerhalb eines moralischen Normensystems geltenden ›Werten‹ durchaus (moralisch) ›wertfrei‹ verstanden werden.

Die Aufgabe, um die es in diesem Abschnitt geht, ist es, in der ›Sphäre des Sollens‹ Spezifika der Norm herauszuarbeiten, und das heißt im gerade angesprochenen Zusammenhang, die Frage zu klären, ob der Bezug zur Wertsphäre eine wesentliche Eigenschaft der ›Norm‹ darstellt, ob also die Sphäre des normativ gebrauchten Sollens deckungsgleich mit der der Werte ist. Eine solche Deckungsgleicheit ließe sich aus beiden referierten Positionen trotz deren ganz entgegengesetzter Intention ableiten. Dagegen spricht, daß zumindest für das Feld des positiven Rechts die Behauptung einer Identität von Wert und Norm oder auch nur einer engen Verschränkung beider überzogen scheint. Nicht umsonst ist die maßgebende Unterscheidung im Recht (neben der zwischen *Recht* und *Unrecht*) jene zwischen *rechtmäßig* und *rechtswidrig* und nicht die zwischen *gut* und *böse* bzw. *gut* und *schlecht*, die typisch sind für moralische oder ästhetische Codes. Die Einhaltung des positivrechtlichen Rechtsfahrgebotes für Kraftfahrzeuge wird nicht als ›rechtlich gut‹ bezeichnet, es ist allenfalls ›moralisch gut‹ insoweit es gut ist, sich an die Gesetze zum Schutz anderer zu halten, oder ›gut‹ im Sinne einer Empfehlung zur Bewahrung eigener und fremder Gesundheit. Ein alternatives Linksfahrgebot ist so gesehen weder besser noch schlechter, sondern erfüllt den selben Zweck. Hier von einem ›Rechtswert‹ zu sprechen, trägt zum Verständnis juristischen Denkens und der Struktur von Normensystemen nichts bei. Erst in Fällen, wo Geboten eine relative Gewichtung zukommt, z.B. bei Rechtsprinzipien, oder wenn durch Normen eine Rechtsgüterhierarchie aufgebaut wird, z.B. in der Lehre von der Notwehr im Strafrecht (›Leben geht Sachgütern vor‹ u.ä.), oder aber, wenn Werte anderer Normsysteme durch Positivierung ins Gesetz übernommen werden, so daß ihre Berücksichtigung rechtserheblich wird, ist die Rede von Werten bzw. Rechtswerten in gewissem Umfang sinnvoll. Es ist also keinesfalls so, daß jede Norm zwingend einen Wert konstituiert, sondern es besteht nur der Zusammenhang, daß Werthierarchien mittels Normen ausdrückbar sind, wobei aber auch nicht so weit gegangen werden muß, daß jederlei Wertung mittels Normen geschehen müsse[220].

---

219 A.a.O. S. 17.

220 Vgl. O. Weinberger – Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik, S. 64; D.v.d. Pfordten – Sein, Werten, Sollen.

Das ›Sollen‹, das die Norm zum Ausdruck bringt, ist weiters abzugrenzen gegen das *vermutende* Sollen. Wobei auch hier umgekehrt nicht jede Art von Vermutung durch Sollsätze wiedergebbar ist, sondern nur das, das sich auf eine Drittreferenz bezieht, d.h. auf das reale, behauptete oder seinerseits vermutete Urteil eines Dritten. ›Es soll heute schneien‹ ist in dieser Weise Ausdruck einer solchen referierten Vermutung irgend einer Form von Wettervorhersage. Basiert die Vermutung auf dem eigenen Urteil (ohne Referenz), so wird das eher durch ›(ich glaube,) es wird heute schneien‹ oder ›es könnte heute schneien‹ zum Ausdruck gebracht. Die Beziehung auf das Dritturteil hat wahrscheinlich tiefergehende Bedeutung, könnte als Kehrseite eines Moments ähnlich dem verstanden werden, das Kant in der *Kritik der Urteilskraft* als Merkmal für ästhetische Urteile aufweist. Geschmacksurteile verweisen auf ein allgemeines Urteil bzw. – wie Kant es nennt – auf einen Gemeinsinn: dieser »will zu Urteilen berechtigen, die ein Sollen enthalten: er sagt nicht, daß jedermann mit diesem Urteil übereinstimmen *werde*, sondern damit zusammenstimmen *solle*«[221]. Das ›Sollen‹ in dieser Bedeutung ist also nicht das einer Norm, sondern schwächer: es schreibt nichts vor, aber es bezieht sich auf ein Dritturteil, das den Anspruch auf ein Zustimmen-Sollen in sich trägt. Mit dem präskriptiven Moment einer Norm hat das inhaltlich nichts zu tun; die der Norm entsprechende Sphäre des ›Sollens‹ ist also auch in dieser Richtung enger als der allgemeine Wortgebrauch.

Die weiters bestehende Möglichkeit, mit Hilfe eines ›Sollens‹ eine *Empfehlung* auszudrücken, wird unter dem Begriff der ›technischen Norm‹ diskutiert[222]: »Unter ›technischer‹ Norm könnte man eine Aussage verstehen, die besagt, daß eine gewisse Maßnahme (Handlung) oder ein gewisser Zustand notwendig ist, um etwas sicherzustellen oder zu vermeiden«, definiert Georg Henrik von Wright in diesem Zusammenhang[223]. Das ›technische Sollen‹ ist genau betrachtet ein zur Zweckerreichung notwendiges oder empfohlenes ›Müssen‹: wer diesen oder jenen Zweck erreichen will, der muß diesen oder jenen Weg zur Zielerreichung einschlagen. Der Charakter wäre der einer Klugheitsregel. Eine Rolle könnte diese Art von ›Sollen‹ im Recht deshalb spielen, weil es prinzipiell möglich ist, die gesamte Rechtsordnung unter einen derartigen Blickpunkt zu stellen. Damit eliminiert man jedoch das genuin normative ›Sollen‹ zugunsten einer Perspektive, wie sie Verbrecher einnehmen und die sich in der Maxime zusammenfassen ließe: ›Wer Strafe vermeiden will, tut gut daran sich an die Gesetze zu halten oder mindestens nicht sich erwischen zu lassen‹. Ein Quantum dieser Haltung spiegelt sich in Hans Kelsens Zwangsnorm-

221 I. Kant – Kritik der Urteilskraft, A 65.

222 O. Weinberger – Norm und Institution, S. 63.

223 G.H.v. Wright – Bedingungsnormen, S. 455; siehe auch ders. – Norm und Handlung, S. 25.

theorie des Rechts wider, die bekanntlich von den normierten Sanktionen als ›Primärnormen‹ ausgeht und handlungsanleitende Verbotsnormen nur als Reflex, als ›Sekundärnormen‹ kennt[224]. Für Kelsen ist z.B. die Normierung eines gesonderten Diebstahlverbotes schlicht überflüssig; es genügt die Statuierung einer entsprechenden Sanktion, die aber als Norm betrachtet sich an staatliche Vollzugsorgane richtet und nicht an Rechtsunterworfenen im allgemeinen. Das gewünschte Regelverhalten kommt so indirekt zum Vorschein, weil davon ausgegangen wird, daß Menschen die drohenden Sanktionen zu vermeiden trachten. Wie sich aber überzeugend zeigen läßt, ist der Begriff der Sanktion deskriptiv nicht definierbar, weder als zu vermeidendes Übel noch als staatlich verfügtem Eingriff, da erst der vorauszusetzende Begriff des Unrechts oder der Rechtsverletzung zuzufügendes Übel oder Maßnahmen zur Sanktion macht, im Unterschied zu anderen staatlich verordneten Übeln, wie Steuern oder gewissen für den Betroffenen unerfreulichen Maßnahmen des Verwaltungsrechts[225].

Resümieren wir die verschiedenen Einschränkungen, so läßt sich die Norm vorläufig als ein auf menschliches Handeln (soziale Komponente) gerichtetes ›Sollen‹ mit größerer bzw. andersartiger Intensität, als es einer bloßen Empfehlung zukommt (präskriptives Moment/imperativer Charakter), in der Verkörperung von Sätzen (linguistische Komponente) verstehen, ein Sollen, das nicht notwendig mit der Setzung oder dem Ausdruck von Werten verbunden ist (wertdistante Eigenschaft).

Zuletzt sei nicht verschwiegen, daß auch die ›linguistische Komponente‹ im Normbegriff ihre Art Mehrdeutigkeit beizutragen imstande ist in der Gestalt der *interpretatio duplex* von ›Sollen‹ im präskriptiven und deskriptiven Sinn, also der Möglichkeit, ein und denselben Sollsatz als Normsatz oder als Aussagesatz über eine Norm zu begreifen[226]. Die grundsätzliche Unterscheidung zwischen Aussage und Norm tritt also in die normative Sphäre selbst ein. Ursache ist, daß jeder eine Norm verkörpernde Sollsatz zugleich und ohne alle Änderung seines Wortlautes als Urteil über das Bestehen einer Norm eben desselben Inhalts gedeutet werden kann[227]. Diese Doppeldeutigkeit ist es auch, die Hans Kelsens Unterscheidung

224 H. Kelsen – Allgemeine Staatslehre, S. 51.

225 Zu Kelsens Zwangsnormtheorie O. Weinberger – Der Begriff der Sanktion und seine Rolle in der Normenlogik und Rechtstheorie, S. 102 ff.; J. Raz – The Concept of a Legal System, S. 77 ff.

226 Zum ganzen Komplex überblicksartig O. Weinberger – Alternative Handlungstheorie, S. 58 ff., dem allerdings hinsichtlich seiner Aussage: »Präskriptives Sollen ist ein Pleonasmus. Sollen hat immer präskriptiven Sinn«, a.a.O. S. 59, entgegengehalten werden kann, daß das eine Vermutung ausdrückende ›Sollen‹ nicht-präskriptive Bedeutung hat. Im Englischen herrscht die selbe Ambiguität beim Wort ›ought‹; vgl. J. Raz – The Concept of a Legal System, S. 47.

227 H. Kelsen – Reine Rechtslehre, S. 57 ff. bzw. S. 73 ff.

von ›Rechtsnorm‹ und ›Rechtssatz‹ zugrunde liegt: »Die grundsätzliche Differenz zwischen ihnen [d.h. zwischen Rechtsnormen und Rechtssätzen] besteht nach Kelsen darin, daß Rechtsnormen den Objektiven Sinn von Willensakten darstellen, indem sie diesen autoritative Wirkung verleihen, wohingegen Rechtssätze sich auf Rechtsnormen beziehende Aussagen der Rechtswissenschaft sind. [...] Rechtsnormen sind also *normativ-präskriptiv*, Rechtssätze dagegen *normativ-deskriptiv*«[228]. Als Urteil verstanden gehört ›A soll p‹ zu den Aussagesätzen mit der Wahrheitsbedingung, daß der Satz genau dann wahr ist, wenn die im Satz ›A soll p‹ verkörperte Norm gilt. Wahrheitsfähigkeit kommt Sätzen nur in der Bedeutung einer Aussage zu, als Normsätze sind sie weder wahr noch falsch, sondern geltend oder nicht geltend[229]. Insofern die Norm Ausdruck eines Willens zur Verhaltensbestimmung ist, hat sie präskriptiven Charakter, die dem ›gleichlautenden‹ Aussagesatz über die Norm abgeht[230]. Deshalb ist auch die Übertragung eines normativen Sollenssatzes in einen Imperativ möglich und diesem äquivalent, was nicht auf den korrespondierenden Aussagesatz über die Norm (Kelsens Rechtssatz) zutrifft[231]. Es sei daher im folgenden darauf eingegangen, ob die Verkörperung durch Imperative ein adäquates Verständnis der Spezifika der Norm ermöglicht.

228 M. Pawlik – Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts, S. 189; vgl. O. Weinberger – Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik, S. 40ff.

229 Vgl. die weiterführenden Gedanken Ota Weinbergers in ders. – Rechtslogik, S. 226f.: »Es besteht ein wesentlicher Unterschied in der Art, wie die Anerkennung von Aussagesätzen und Normsätzen begründet wird: die Wahrheit faktualer Aussagesätze können wir durch Beobachtung der Wirklichkeit erkennen und prüfen. Es gibt keine analoge Möglichkeit, die Geltung von Normen durch Beobachtung des tatsächlichen Geschehens zu testen. Denn die Geltung der Norm (z.B. der Norm ›Kain soll den Abel nicht töten‹) wird durch normgemäßes Verhalten (durch die Tatsache, daß Kain den Abel nicht tötet) weder begründet noch widerlegt, ebensowenig wie durch normwidriges Verhalten (durch die Tatsache, daß Kain Abel tötet). Normsätze sind also in diesem Sinne unverifizierbar, sie sind weder wahr noch falsch.« In Wahrheit besteht für positive Rechtsnormen *nur* diese Möglichkeit, d.h. die empirische Nachprüfung, ob der korrespondierende Aussagesatz über das Bestehen der Norm wahr ist oder nicht durch Verifikation der tatsächlichen Entstehungsmodalitäten der Norm (Promulgation als Gesetz, faktische Wirksamkeit als Gewohnheit u.ä.). Die ganze Konstruktion des Rechtspositivismus basiert auf der Möglichkeit eines empirisch feststellbaren Entstehungszusammenhanges von Normen und Normsetzungsakten, die als solche der Welt der Tatsachen angehören.

230 Nicht unbedingt jeder Willensausdruck, denn auch die Behauptung einer Tatsache kann Ausdruck eines Willens sein.

231 »Der Rechtssatz ist insbesondere kein Imperativ, er ist ein Urteil, die Aussage über einen der Erkenntnis gegebenen Gegenstand.« H. Kelsen – Reine Rechtslehre, S. 83.

*Imperativtheorie des Rechts und ›objektive Rechtfertigung‹*

Charakteristisch für die Norm ist also das in ihr zum Ausdruck kommende präskriptive Moment, das ›Sollen‹, das Normsätze nicht nur von Aussagesätzen, sondern auch von anderen ebenso wechselseitig nicht aufeinander reduzierbaren Satztypen wie Fragen, Wünschen oder Drohungen unterscheidet[232]. Am kürzesten, prägnantesten und auch aggressivsten wird solches Sollen wohl durch Imperative zum Ausdruck gebracht (›Geh!‹, ›Schweig!‹, ›Paß auf!‹ usf.) – es ist dies eine jedem Sprachbegabten früh vertraute Form des Sollensausdrucks, der seiner appellativen Kraft wegen nicht einfach reaktionslos hingenommen werden kann[233]. Es gilt allerdings zu beachten, daß der Imperativ – als grammatische Form betrachtet – auf die selben oder doch ähnliche Vieldeutigkeiten stoßen läßt, wie sie oben beim Begriff des ›Sollens‹ aufgetaucht sind. John L. Austin hat i.d.S. darauf hingewiesen, daß die performative Einsatzbreite des Imperativs mehr umfaßt als Befehle: »Ein ›Imperativ‹ kann ein Befehl, eine Erlaubnis, eine Aufforderung, eine Bitte, ein dringendes Ersuchen, ein Vorschlag, eine Empfehlung, ja eine Warnung sein (›Geh nur, du wirst schon sehen‹)«[234]. Jeder als Befehl gebrauchte Imperativ drückt aber voluntativ Intensiveres aus, als einen Vorschlag oder eine Empfehlung und anderes als eine Bitte oder ein Ersuchen, nämlich den strikten Willen des Befehlenden, daß der Adressat sich dem Befehl entsprechend verhalte. Will man Normen, insbes. Rechtsnormen, als Imperative deuten, dann muß man sich einschränkend auf den durch die Imperativstruktur verkörperten Befehl festlegen. Das wesentliche Verhältnis im Recht wäre sodann das von *Befehl* und *Gehorsam* und jede Befehlsstruktur (einstufige ebenso wie solche, die Über- und Unterordnungen aufweisen) verwiese auf eine letzte Instanz, die selbst an keine übergeordneten Befehle mehr gebunden wäre, den über allem Recht stehenden *Souverän*.

Eine derartige Imperativkonzeption des Rechts wird zumeist am Beispiel der mit dem Namen John Austin verknüpften Rechtstheorie referiert[235], aber es gibt auch

232 P. Koller – Theorie des Rechts, S. 66.

233 Das setzt freilich ein – wohl allgemein intuitiv empfundenes – Verständnis des Imperativs voraus, das diesen nicht auf seinen bloßen Informationsgehalt als Motivationsbasis reduziert. Nach letzterer Auffassung wäre ein Imperativ nichts als eine unter Zeitknappheit zweckmäßige elliptische Form eines Aussagesatzes, bei dem die Konsequenz des Zuwiderhandelns, die zu erwartende Sanktion unausgesprochen bleibt. Vollständig ausformuliert wäre jeder Imperativ nichts weiter als eine Aussage über drohende Konsequenzen. Dazu O. Weinberger – Der Begriff der Sanktion und seine Rolle in der Normenlogik und Rechtstheorie, S. 97.

234 J.L. Austin – Zur Theorie der Sprechakte, S. 102; siehe auch G.H.v. Wright – Norm und Handlung, S. 103.

235 J. Austin – Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law. Der englische Rechtspositivist

kontinentale Vertreter, etwa Karl Engisch[236]. Austin statuiert in seinem »setzungsorientierten Rechtsbegriff«[237] (Robert Alexy) eine unmittelbare Verknüpfung von Befehlsform und Recht: »Every law or rule [...] is a command«[238]. Die Umkehrung gilt hingegen nicht, denn nicht jeder Befehl ist Recht, sondern nur jener der souveränen politischen Autorität[239]. Gegen diese um den Begriff der Souveränität zentrierte Befehlsauffassung des Rechts sind unzählige Einwände vorgebracht worden, so viele, daß nach heute überwiegender Auffassung eine Gleichsetzung von Norm und Imperativ überhaupt abzulehnen ist; zumal in der Rechtstheorie verfügt die strenge Imperativtheorie über faktisch keine Anhänger mehr.

An der Spitze steht der Einwand, daß zwischen einem subjektiven und einem objektiven Sinn von imperativen Sollenssätzen unterschieden werden müsse. So sei etwa der in der klassischen Aufforderung *la bourse ou la vie* in unmißverständlicher Form an den Überfallenen gerichtete Befehl des Straßenräubers, das Geld herauszurücken (samt der bei Zuwiderhandeln angedrohten Sanktion, andernfalls das Leben zu verlieren), keine Norm. Die Aufforderung des Räubers schließe lediglich ein – wie H.L.A. Hart ausführt – subjektives Sollen ein *(to be obliged),* aber ein objektives Gesolltsein *(to have an obligation)* sei aus diesen Umständen keinesfalls abzuleiten[240]. Den Imperativ des Räubers als individuelle Norm deuten zu wollen, gehe deswegen fehl, weil diesem die Kompetenz zur Erlassung von Normen ermangle. Bei einer staatlich rechtmäßig festgesetzten Norm verhalte sich das anders, sie könne und sie müsse als objektives Sollen gedeutet werden. Es mangelt also, anders gesagt, an der *objektiven Rechtfertigbarkeit* des Räuberbefehls, der nicht Recht, sondern im Gegenteil eine Rechtsverletzung wäre. Für das Recht bedeutet das, wie Ota Weinberger ausführt, ein diskursives Plus im Verhältnis zum bloß subjektiven ›Sollen‹: »Die rechtlichen Strukturen und die einzelnen Bestimmungen werden Begründungsüberlegungen unterworfen. Recht soll gerechtfertigt sein; es soll nicht nur faktisch akzep-

---

John Austin (1790–1859) ist nicht zu verwechseln mit dem gerade zuvor erwähnten Sprechakttheoretiker John Langshaw Austin (1911–1960).

236 K. Engisch – Einführung in das juristische Denken, S. 22 ff.

237 R. Alexy – Begriff und Geltung des Rechts, S. 34 f.

238 J. Austin, a.a.O. S. 88. »Recht [i.S.v. Austin] ist die Summe jener Regeln, die von der höchsten politischen Gewalt, dem Souverän, eines unabhängigen politischen Gemeinwesens aufgestellt werden und von den meisten Mitgliedern dieses Gemeinwesens befolgt werden.« P. Koller – Theorie des Rechts, S. 147.

239 J. Austin, a.a.O. S. 89.

240 Hart unterscheidet zwischen »someone was obliged to do something« i.S.v. ›genötigt sein, etwas zu tun‹, und »he had an obligation to do it« mit der Bedeutung objektiver Verpflichtung. H.L.A. Hart – The Concept of Law, S. 82. Dieselbe Thematik auch in H. Kelsen – Reine Rechtslehre, S. 8 ff.; M. Kriele – Einführung in die Staatslehre, S. 21 f.

tiert werden, sondern es soll auch als akzeptabel gerechtfertigt sein«[241]. Eine i.d.S. objektive oder objektivierbare Rechtfertigung ist aber in der Imperativstruktur des Befehls *per se* nicht enthalten. Eine Gleichsetzung von Norm und Imperativ würde den Normbegriff somit auch auf bloß subjektives Sollen erstrecken:

> »Die Situation, wie sie sich durch die einfache Dreiheit von Befehl, Sanktion und Souverän beschreiben läßt, ist […] vergleichbar der Situation eines Banditen, der seinem Opfer mit den Worten ›Geld oder Leben‹ entgegentritt. Der einzige Unterschied ist der, daß im Falle eines Rechtssystems der Bandit sich an eine große Zahl von Menschen wendet, die an die Erpressung gewöhnt ist und sich immer wieder fügt. Doch Recht ist ganz sicher nicht die Situation eines Banditen im Großen, und eine Rechtsordnung kann gewiß nicht so ohne weiteres mit der Ausübung von Zwang gleichgesetzt werden.«[242]

Ist diese Argumentation triftig? Wer dächte beim Räuberbeispiel nicht sofort an AUGUSTINUS' Ausführungen in *De civitate Dei*:

> »Was anders sind also Reiche, wenn ihnen Gerechtigkeit fehlt, als große Räuberbanden? Sind doch auch Räuberbanden nichts anders als kleine Reiche. Auch da ist eine Schar von Menschen, die unter Befehl eines Anführers steht, sich durch Verabredung zu einer Gemeinschaft zusammenschließt und nach fester Übereinkunft die Beute teilt. Wenn dies üble Gebilde durch Zuzug verkommener Menschen so ins Große wächst, daß Ortschaften besetzt, Niederlassungen gegründet, Städte erobert, Völker unterworfen werden, nimmt es ohne weiteres den Namen Reich an, den ihm offenkundig nicht etwa hingeschwundene Habgier, sondern erlangte Straflosigkeit erwirbt.«[243]

Argumentiert AUGUSTINUS beim Verhältnis zwischen Räuberbefehl und Rechtssystem genau umgekehrt wie HART – die Situationen sind ihm durchaus vergleichbar –, so zielt der entscheidende Verweis auf die ›Gerechtigkeit‹ doch in die gleiche Richtung, die oben mit ›objektiver Rechtfertigung‹ bezeichnet wurde. Den irdischen Reichen billigt AUGUSTINUS dennoch, obwohl wahre Gerechtigkeit nicht in ihnen,

---

241 O. Weinberger – Der semantische, der juristische und der soziologische Normbegriff, S. 447.

242 H.L.A. Hart – Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral, S. 25.

243 Aurelius Augustinus, Vom Gottesstaat, Buch 1 bis 10, S. 173 (De civitate Dei IV, 4, zit. nach ›www.intratext.com‹: »*Remota itaque iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia? Quia et latrocinia quid sunt nisi parua regna? Manus et ipsa hominum est, imperio principis regitur, pacto societatis astringitur, placiti lege praeda diuiditur. Hoc malum si in tantum perditorum hominum accessibus crescit, ut et loca teneat sedes constituat, civitates occupet populos subiuget, evidentius regni nomen adsumit, quod ei iam in manifesto confert non dempta cupiditas, sed addita inpunitas.*«).

sondern nur in der *civitas Dei* verwirklichbar ist, einen gewissen relativen Wert zu, die *pax terrena*, die immer noch besser ist als gar keine *pax*[244].

HARTS Argumentation führt aber in eine ganz andere Richtung, die typisch ist für sein normativistisch akzentuiertes Rechtsdenken. Wonach es HART in diesem und ähnlich gelagerten Fällen verlangt, ist das seiner Ansicht nach für das Recht unabdingbare Vorhandensein einer *Regel*, genauer einer Ermächtigungsregel, die zur Setzung von Normen die Kompetenz verleiht. Eben eine solche gibt es für den Räuber nicht, wohl aber für die rechtlichen Anordnungen in einem geordneten Staatswesen[245]. Die Ermächtigung zielt eigentlich auf das umfassendere Konzept der *Legitimität* der Norm. Dem vom Räuberhauptmann ›ermächtigten‹ Bandenmitglied fehlt die Legitimation zur Setzung von Zwangsakten, weil umgekehrt schon dem Räuberhauptmann die Legitimation fehlt, zur Setzung von Zwangsakten zu ermächtigen. Es geht um Legitimation, die letztlich in der Legitimität der Rechtsordnung als ganzer gründen muß[246]. Für den Normbegriff hat das weitreichende konzeptionelle Konsequenzen, denn was eine isoliert betrachtete Norm ausmacht, weist offenbar über ihre Eigenschaft, Einzelnorm zu sein, hinaus auf eine Vielzahl von im System miteinander verbundenen und (als Systemganzes betrachtet) legitimierten Normen. Die objektive Rechtfertigbarkeit ist – zumindest im positiven Recht – eine des Rechtsganzen und nicht der Einzelnorm.

In einem ähnlichen Verhältnis steht die Dimension der Wirksamkeit zum Begriff der Norm. Der Begriff der präskriptiven Regel wird z.B. bei H.L.A. HART konzipiert als regelmäßiges Verhalten generierende Sollensvorschrift in Unterscheidung zur rein faktisch auftretenden Regelmäßigkeit eines Verhaltens. Beide Fälle, der des rein gewohnheitsmäßigen Verhaltens ebenso wie der des normativ gesollten und deshalb regelmäßig befolgten Verhaltens, haben eine extern beobachtbare Regelmäßigkeit gemeinsam, die nur im normativen Fall zusätzliche Qualifikation durch beobacht-

---

244 Vgl. E. Bernheim – Mittelalterliche Zeitanschauungen in ihrem Einfluß auf Politik und Geschichtsschreibung, S. 31 ff.

245 Der ordnungsgemäß zustande gekommene staatliche Imperativ hat seine Rechtfertigung in der Ermächtigung, die dem Räuber fehlt und die ihrerseits in gesellschaftlicher Konvention gründet und nicht in der Imperativstruktur als solcher. Es liegt also in der angebbaren Regel vielleicht nicht mehr als ein Hinweis auf diese Konvention vor, die Ausdruck und Stabilisator geordneter gesellschaftlicher Machtverhältnisse ist. Die Frage, wem es zukommt, über das Vorhandensein und Inhalt dieser Konvention zu entscheiden, ist in Zeiten relativer Ruhe selbst konventionell geregelt und neutralisiert; in Krisenzeiten hingegen hilft kein Verweis auf eine ›Ermächtigung‹, diese Entscheidung zu treffen, wenn diese ›letzte‹ Konvention selbst umstritten ist.

246 Ganz ähnliche Argumente finden sich bei Hans Kelsen; vgl. dazu die zusammenfassenden Bemerkungen in P. Koller – Theorie des Rechts, S. 148.

bare Sanktionsmechanismen bei deviantem Verhalten aufweist. Eine ›unwirksame‹ Norm erzeugt aber keine derartige beobachtbare Regelmäßigkeit, weshalb für Hart in diesem Fall überhaupt keine Regel vorliegt, und somit auch keine Norm. Diese Konzeption knüpft die Existenz (und damit auch Geltung) der Norm an ihre zumindest teilweise Wirksamkeit. Ganz anders in diesem Punkt Hans Kelsen, für den die Wirksamkeit zwar auch eine wesentliche Kategorie im Hinblick auf die Rechtsgeltung darstellt, jedoch auf die gesamte Normenordnung bezogen wird und nicht auf Einzelnormen.

Genaugenommen bewegen wir uns mit diesen Überlegungen längst im begrifflich verschränkten Dreieck von *Geltung*, *Wirksamkeit* und *Legitimität* von Normen, das es genauer in Augenschein zu nehmen gilt. Wirksamkeit und Legitimität werden als Voraussetzung für die Geltung von Rechtsnormen diskutiert. Einen Schritt weiter geht die Frage, ob die Geltung selbst eine notwendige Eigenschaft der Norm darstellt oder nicht[247]. Wer letzteres behauptet, wer also als Norm nur einen Sollensatz, der Bestandteil eines (wirksamen) Normensystem ist, anerkennen will, handelt sich als Konsequenz die Schwierigkeit ein, sprachliche Wendungen, wie ›eine Norm in Kraft setzen‹ oder ›an die Stelle der Norm A sollte die Norm B treten‹ zu erklären[248]. Ein Ausweg wäre, solchen Sprachgebrauch als unscharf zu kritisieren und das normative ›Nichts‹, das erst mit der Promulgation zur Norm wird, als Protonorm zu deuten, d.h. als ein Etwas, das seiner sprachlichen Form nach grundsätzlich geeignet ist, eine geltende Norm zu verkörpern, aber eben (noch) nicht in Geltung befindlich ist und darum keine Norm.

Betrachtet man die Norm dagegen als von der Dimension ihrer Geltung unabhängige Entität – wofür der Wortgebrauch zahlloser normtheoretischer Lehrbücher spricht –, wird damit aber gleichzeitig von den Voraussetzungen der Wirksamkeit bzw. der Legitimität, sei es nun der Einzelnorm oder des Normensystems als Gesamtheit, abstrahiert. Es macht keinen Sinn, von einer nicht in Geltung befindlichen Norm zu sprechen und zugleich als begrifflich notwendiges Merkmal deren Legitimität bzw. soziale Wirksamkeit zu verlangen. Damit wird gleichzeitig gegenstandslos, ob eine derartige ›Norm‹ nun ein objektiv gerechtfertigtes oder ein bloß subjektives Sollen ausdrückt. Man wird also zwischen einem Normbegriff *im weiteren Sinn*, der von Geltung, Wirksamkeit und Rechtfertigung ganz absieht, und einem *im engeren Sinn* zu unterscheiden haben, für den ein als Sollensatz formulierter Ausdruck, solange ihm keine Geltung bzw. (je nach Theorie) Legitimität und/oder Wirksamkeit zukommt, bestenfalls als Protonorm zu qualifizieren ist.

247 Vgl. W. Ott – Der Rechtspositivismus, S. 21 ff.

248 Dazu R. Alexy – Begriff und Geltung des Rechts, S. 44 ff.

Doch zurück zur Legitimität: ist es spezifisches Kennzeichen von Normen (i.e.S.) objektiv rechtfertigbar (legitim) zu sein, so stellt sich die Frage nach einem brauchbaren Kriterium zur Feststellung dieser Eigenschaft. Legitimität des Rechts wird bei Hart wieder durch eine Regel garantiert, die ›Erkenntnisregel‹ oder ›Erkennungsregel‹ *(rule of recognition)*[249], die besagt, daß einer auf Grund der Ermächtigung durch eine wirksame Verfassung rechtmäßig gesetzten Regel zu folgen ist. Was Hart darüber hinaus als Kriterium dafür aufstellt, damit von einer als ganzer legitimierten Rechtsordnung gesprochen werden kann, ist eine bestimmte Einstellung der Normadressaten (oder zumindest des überwiegenden Teils der staatlichen Normanwender), die von ihm als innere Zustimmung charakterisiert wird *(internal aspect)*[250]. Das führt zu der wichtigen Unterscheidung von Perspektiven auf die Norm und unterschiedliche Haltungen zum normativen Gehalt als Folge der Verschiedenheit dieser Perspektiven[251]. Dem *externen Aspekt* entspricht die Einstellung des Beobachters, der die Regeln selbst nicht akzeptiert, der *interne Aspekt* ist die Haltung dessen, der die Regeln für sich als handlungsanleitend akzeptiert[252]. Die Gegenüberstellung von internem und externem Aspekt in Bezug auf Regeln bei Hart ist etwas irritierend. Es scheint, als seien hier zwei an sich unabhängige Dimensionen, die der Unterscheidung von Mitspieler und Beobachter einerseits und die des Akzeptierens oder Nichtakzeptierens der Regeln, miteinander verquickt. Für den externen Beobachter stellt sich die Frage, ob er die Regeln akzeptiert oder nicht, gar nicht (er weist sie auch nicht, wie Hart schreibt, zurück), und für den ›Mitspieler‹ muß die innere Entscheidung in beide Richtungen offen bleiben: Anerkennen und Zurückweisen sind gleichermaßen Optionen für sein praktisches Handeln. Beim im übrigen schwer zu präzisierenden Begriff der ›Akzeptanz‹[253] ist weiters zu unterscheiden zwischen *Anerkennen als objektiv gerechtfertigtes Sollen (Pflicht)* und *Anerkennen i.S. eines bloß technischen Sollens*, also eines bloß zweckrationalen Umgangs mit faktisch

---

249 Vgl. P. Koller – Theorie des Rechts, S. 164 f.

250 Vgl. P. Koller, a.a.O. S. 166 ff.; M. Pawlik – Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts, S. 173 ff.; R.M. Watkins-Bienz – Die Hart-Dworkin Debatte, S. 37 ff.

251 Vgl. J. Raz – On The Nature of Law, S. 2 f.

252 »[…] for it is possible to be concerned with the rules, either merely as an observer who does not himself accept them, or as a member of the group which accepts and uses them as guides to conduct. We may call these respectively the ›external‹ and the ›internal‹ point of view.« H.L.A. Hart – The Concept of Law, S. 89.

253 »Die Akzeptanz ist eine im einzelnen schwer meßbare Größe der psychischen Einstellungen. Das, was als beobachtbares Merkmal verwendet werden kann, ist die faktische Reaktion auf die Norm, die akzeptiert, oder nicht akzeptiert wird.« O. Weinberger – Der semantische, der juristische und der soziologische Normbegriff, S. 446.

zu erwartenden Sanktionen; in diesem Sinn kann man »auch einen Befehl befolgen, ohne ihm zuzustimmen«[254], wie KELSEN schreibt. Letzteres bedeutet gerade aber ein Zurückweisen der *objektiven Geltung als Pflicht*, eine Einstellung, die aber nicht mit dem externen Beobachterstandpunkt zusammenfällt, wie HART meint[255]. Dadurch kommt es zur irrtümlichen Gleichsetzung von internem Standpunkt und Anerkennen der Regeln als (objektiv gerechtfertigte) Pflicht. Im Gegenteil kann der Mitspieler durch Abstraktion die Haltung eines externen Beobachters einnehmen, darin von seiner eigenen Einstellung absehen, d.h. die innere Einstellung zu den Regeln selbst mitbeobachten und sich auf die Beobachtung der faktischen Regelmäßigkeiten beschränken. Richtig an HARTS Ausführungen ist, daß diesem *»extreme external point of view«* eine ganze Dimension des Beschriebenen entgeht, nämlich die des Sollens, und in der Beschreibung die Termini ›Pflicht‹ oder ›Verpflichtung‹ keinen Sinn haben[256]. Die Idee einer solchen Pflicht hinter den Regeln läßt sich aber nicht aus der Existenz sozialen Drucks oder von Sanktionen ableiten. Daraus, daß es offenbar Menschen gibt, die sich zum Recht äußerlich und innerlich kooperativ verhalten, d.h. dieses als objektives Sollen akzeptieren, folgt weder, daß diese Pflicht auch für die Gruppe der Verweigerer gilt, noch daß es zwingend ein Mindestmaß an innerer Zustimmung der Normunterworfenen geben muß. Auch die These, »daß eine Erkenntnisregel und die von ihr zusammengehaltene Rechtsordnung, der selbst die Amtsträger in ihrer Mehrheit nichts anderes entgegenbringen als Indifferenz oder gar Furcht, faktisch keinen dauerhaften Bestand haben werde«[257], folgt daraus nicht[258]; es ist eine empirisch-soziologische zu klärende Frage, inwieweit Gewaltordnungen bzw. Staaten ohne diese Voraussetzung längere Zeiten existieren können, und keine rechtstheoretische; in Wahrheit könnte es ganz andere maßgebliche Stabilitätsgründe geben als die ohnehin schwer faßbare ›innere Akzeptanz‹[259].

---

254 H. Kelsen – Allgemeine Theorie der Normen, S. 34.

255 »[…] those who, on the one hand, accept and voluntarily co-operate in maintaining the rules, […] and those who, on the other hand, reject the rules and attend to them only from the external point of view as a sign of possible punishment.« H.L.A. Hart – The Concept of Law, S. 91.

256 A.a.O. S. 89.

257 M. Pawlik – Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts, S. 184.

258 So aber im Anschluß an Hart auch P. Koller – Meilensteine des Rechtspositivismus im 20. Jahrhundert, S. 165: »Ohne die gemeinsame Anerkennung der Sekundärregeln durch die in der Gesetzgebung, Gerichtsbarkeit und Verwaltung tätigen Personen, kann ein Rechtssystem gar nicht existieren. Nicht nur, weil die Zwangsmittel nicht mehr ausreichen, sondern auch weil es in Ermangelung gemeinsamer Standards der Gültigkeit rechtlicher Regeln die erforderliche Einheit und Kontinuität des Rechtssystems nicht mehr gäbe.«; Kritik in M. Pawlik – Die Lehre von der Grundnorm als eine Theorie der Beobachtung zweiter Ordnung, S. 455 FN 25.

259 »Daß sie [d.h. die Rechtsordnung] inhaltlich gebilligt wird, ist für den Fortbestand einer Staatsordnung

Um zumindest für Rechtsnormensysteme ein Kriterium für die Deutbarkeit eines präskriptiven Satzes als objektives Sollen zu finden, wird man den Akzent weniger auf die Psychologie innerer Vorgänge setzen dürfen, denn auf funktionelle Aspekte des Rechts, die sich aus dem Zusammenspiel von Recht und Gewalt ergeben. Stellen wir Imperativ (Befehl) und Gewaltanwendung einander gegenüber, so zeigt sich, daß beide sowohl auf der gerechtfertigten, als auch auf der nicht gerechtfertigten zu liegen kommen können. Straßenräuber und Staatsorgane befehlen und üben Gewalt. Es besteht jedoch in beiden Fällen ein ganz unterschiedlicher Bezug des Befehls zur Gewalt. Der Imperativ des Räubers steht dessen bloßer Gewalt gleich, geht ihr allenfalls als Drohung voraus. Der Imperativ, der der staatlichen Gewaltanwendung vorausgeht, ist dagegen niemals bloße Drohung, sondern normierte Sanktion oder Maßnahme und in beiden Fällen grundsätzlich gerechtfertigt. Die Gewalt des Staates ist sowohl bei Sanktionen als auch bei Maßnahmen[260] stets *ultima ratio* mit dem Ziel, Gewalt im Gemeinwesen insgesamt zu minimieren. Die Rechtfertigung des kombinierbaren Einsatzes von Befehl und Gewalt liegt in allererster Linie in der – zumindest in Thomas Hobbes' skeptischer Interpretation – ohne diese Mittel nicht erreichbaren Friedenswahrung[261]. Maßstab für die Rechtfertigung ist die an einem Ideal zu messende Fähigkeit zur allgemeinen Akzeptanz, die, so gesehen, nichts mit psychischen Befindlichkeiten zu tun hat, sondern mit diskursiv nachvollziehbarer Begründbarkeit. Dieses Ideal wird in letzter Hinsicht eine abgewogene Mischung aus Friedenssehnsucht, Freiheitsgarantie und Gerechtigkeitsforderung sein, und was es zu leisten hat, ist die Rechtfertigung von (staatlicher) Gewalt zur Reduktion von (illegitimer) Gewalt, ohne dabei Maß und Ziel, die mit dem Freiheits- und Gerechtigkeitsideal verknüpft sind, aus den Augen zu verlieren. Derlei Überlegungen spielen für den Räuber definitiv keine Rolle – er will nicht gesamtgesellschaftliche Gewalt minimieren, sondern seine Beute maximieren.

Für das Recht wird damit als eine Besonderheit unter den Normen der Wesenszug erkennbar, an der Wurzel gleichermaßen etwas mit der Scheidung von Gewalt in legitime und illegitime zu tun zu haben wie auch mit der Bindung an den Grenzbegriff der Gerechtigkeit. Ersteres ist zugleich die *differentia specifica* zu den anderen sozialen Normen. Nur das Recht, nicht auch andere Normensysteme (Moral, Etikette etc.), verfügt über einen nicht tilgbaren Bezug zur Gewalt, so sehr dieser in Zeiten geord-

weniger wichtig als pünktliche Gehaltszahlungen.« M. Pawlik – Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts, S. 186.

260 Z.B. die Zwangseinweisung in psychiatrische Anstalten oder die Einweisung in Anstalten für geistig abnorme Rechtsbrecher.

261 Vgl. M. Kriele – Einführung in die Staatslehre, S 69 ff.

neten Rechtslebens auch in den Hintergrund treten mag; gänzlich verschwinden kann er nie. Das Dargelegte ist weder in dem Sinn zu verstehen, daß dem Recht ein Monopol auf die Normierung von Gewalt zukäme (auch Sittlichkeits- oder Moralnormen nehmen Stellung zur Anwendung von Gewalt), noch daß jede Rechtsnorm als Zwangsnorm konzipiert werden müsse, wie an Kelsen oftmals kritisiert wurde. Lediglich so viel sei behauptet, daß in jedem als Recht qualifizierbaren Normengefüge eine Ebene offenstehen muß, in der es essentiell um Charakterisierung, Mobilisierung und Rechtfertigung von Gewalt geht.

Rechtfertigung im skizzierten Sinn hat auch (womit wir argumentativ zu Augustinus zurückkehren) mit dem Ausmaß des Gewaltpotentials zu tun – vieles ist hier eine Frage der Größenordnung, davon zeugt der Begriff der Souveränität, ebenfalls ein Grenzbegriff. Hier zieht der Räuber gegen den Staat eindeutig den kürzeren: er erzeugt eine örtlich und zeitlich limitierte Sphäre der Gewalt, die auf lange Sicht immer von der sie umgebenden Staatsgewalt – so eine solche effektiv existiert – dominiert sein wird und damit auch von dieser her zu beurteilen ist. Mausert er sich aber und wird etwa aus dem Seeräubernest unmerklich ein kleines Küstenfürstentum, so beginnt auch das Räuberbeispiel zu schillern[262]. Offenbar vermögen auch Größe und Macht – wenn auch nicht alleine – der Rechtfertigung von Legitimität zu dienen, und es wurden nicht erst seit Hobbes allerlei rationale Argumente angeführt über den Nutzen, einer solchen ›großen‹ Gewalt sich zu unterwerfen. Woraus die allgemeine Akzeptanz, die Konvention hinter den Regeln, oder die Wirksamkeit als Bedingung der Grundnorm sich nährt, muß letztlich ihr selber überlassen werden, es kann darüber keine Vorschriften geben. Es ist der Souveränitätsgedanke die typisch neuzeitliche aus der Situation des religiösen Bürgerkriegs hervorgegangene Form der Rechtfertigung staatlicher Gewaltinstitution gepaart mit einem ganz und gar rational gefaßten *Ius publicum europaeum*[263]. Konstitution von Recht durch Souveränität ist dabei nur *eine* Form von Letztbegründung. Es lassen sich – vor allem für das vorsouveräne Zeitalter – noch andere Formen der Rechtfertigung von Imperativnormen

262 Daß hier die schiere Effektivität maßgeblich ist, davon geht offenbar auch Kelsen aus: »Ist diese Zwangsordnung in ihrem territorialen Geltungsbereich auf ein bestimmtes Gebiet begrenzt und innerhalb dieses Gebietes in einer Weise wirksam, daß die Geltung jeder anderen solchen Zwangsordnung ausgeschlossen ist, kann sie als Rechtsordnung und die durch sie konstituierte Gemeinschaft sehr wohl als ›Staat‹ betrachtet werden, auch wenn dieser nach außen eine – nach positivem Völkerrecht – verbrecherische Tätigkeit entfaltet. Das beweist die Existenz der sogenannten Seeräuber-Staaten an der Nordwestküste Afrikas […]« H. Kelsen – Reine Rechtslehre, S. 46ff.; dazu W. Ott – Der Rechtspositivismus, S. 49.

263 Vgl. M. Kriele – Einführung in die Staatslehre, S. 47ff. bzw. 128ff.; R. Koselleck – Kritik und Krise; C. Schmitt – Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes.

denken, so daß diese als objektiv verbindliche Normen deutbar werden: Vereinbarung und Vertrag, Gewohnheit und Herkommen sowie gelebte Institutionen. Wer jedoch Recht mit Imperativen gleichstellt, kommt um eine Diskussion der Aporetik des Souveränen nicht umhin.

Eine Gruppe weiterer – wie PETER KOLLER meint – »vernichtender Einwände«[264], die gegen die Gleichsetzung von Norm und Imperativ vorgebracht wird, ist folgende:

(1) die Geltung der Gesetze geht über die Lebensdauer des souveränen Befehlshabers hinaus;
(2) die Selbstbindung eines souveränen Gesetzgebers ist im Imperativmodell nicht erklärbar;
(3) die Existenz des gewaltenteiligen Verfassungsstaates ist nicht vereinbar mit einem Souveränitätsmodell.
Darüber hinaus seien
(4) die Existenz von Gewohnheitsrecht, sowie
(5) die Figur der Ermächtigungsnorm
aus der Befehlstheorie des Rechts heraus nicht ableitbar.

Zum *ersten* Einwand, der von KELSEN und HART[265] in weitgehend übereinstimmender Form vorgebracht wird, ist zu sagen, daß tatsächlich im Imperativmodell mit dem Wegfall des souveränen Willens durch den Tod des absoluten Herrschers eine Diskontinuität der Geltung des Rechts gegeben ist. Darum markiert der Übergang von einem Herrscher zum nächsten auch immer einen Augenblick der Krise[266], den es gilt, zeitlich so kurz wie möglich zu halten (›Der König ist tot, es lebe der König‹). Andererseits ist dieser absolute Herrscher-Wille von Anfang an als Abstraktion zu verstehen, der nicht unmittelbar mit dessen natürlichen Willen zusammenfällt, sondern erst mittels politischer Identifikation entsteht: der souveräne Wille ist wirksam auch, z.B. während der König schläft oder sich vertreten läßt. Die Abstraktion reicht in der politischen Theorie aber typischerweise weiter, indem Staat und Herrscher bzw. Herrscher und Krone unterschieden werden[267] und in der Folge eine Staatssouveränität mit einer Fürstensouveränität politisch identifiziert werden kann. Diese

264 P. Koller – Theorie des Rechts, S. 164.
265 H. Kelsen – General Theory of Law and State, S. 30 ff.; H.L.A. Hart – The Concept of Law, S. 61 ff.; vgl. P. Koller, a.a.O.
266 Vgl. die Überlegungen bei L. Bornscheuer – Miseriae regum, S. 169 ff.
267 Vgl. P. Classen – Corona imperii.

Doktrin hat ihre Wurzeln u.a. in transpersonalen Zügen, die Herrschaft im Mittelalter anzunehmen begann und das erstemal andeutungsweise artikuliert wurde, als im 11. Jahrhundert nach dem Tod Heinrichs II. die Pfalz von Pavia durch Einwohner zerstört wurde, die sich auf den Tod des Königs beriefen – ihnen wurde, wie Wipo berichtet, entgegengehalten: »*Si rex periit, regnum remansit, sicut navis remanet, cuius gubernator cadit*« (»Wenn der König stirbt, so bleibt doch das Reich bestehen, ebenso wie ein Schiff bleibt, dessen Steuermann gefallen ist«[268]) – eine Doktrin, die in einem politischen Prozeß entwickelt wurde und zu einer charakteristischen Verdopplung in der Herrscherperson geführt hat, die Ernst H. Kantorowicz in *The Kings two Bodies* ausführlich beschrieben hat.

Gegen eine Fundierung von Recht im souveränen Befehl wird nun konkret vorgebracht, daß die Nachfoge des neuen Herrschers *(Rex II)* auf den alten *(Rex I)* nur mittels einer Übergangsregel (die als Legitimation zur Herrschaft selbst Teil des Rechts sein muß) erklärbar sei, die selbst nicht als souveräner Befehl deutbar ist. Existiert eine solche Bestimmung tatsächlich als wirksamer Teil des Rechts, so könne weder *Rex I* noch sein Nachfolger als Souverän i.S. eines Grenzbegriffs verstanden werden; beide wären vielmehr mit gewissen Befugnissen versehene konstitutionelle Organe, die einer ›Verfassung‹, die zumindest aus dem *loi fondamental* der Übergangsregel besteht, unterworfen sind[269]; wahrhaft souverän wäre, wer über diese Regel noch gebieten und sie insbesondere außer Kraft setzen könnte. Es ist ein Übergang allerdings durchaus ohne eine solche Regel denkbar, dann jedoch um den Preis des völligen Untergangs der Souveränität von *Rex I* samt des durch ihn hervorgebrachten Rechts und gänzlicher Neuerschaffung der souveränen Herrschaft durch den Nachfolger. Eine Diskontinuität ist dabei selbst dann anzunehmen, wenn *Rex II* von *Rex I* als Nachfolger designiert wurde.

Der Einwand Harts und Kelsens reduziert sich also auf die Variation beider *idée fixe*, nur die Annahme einer Regel könne die Zusammenhänge angemessen erklären, im konkreten Fall hat also an die Stelle des Satzes aus dem Munde des Souveräns ›Mir ist zu gehorchen, weil ich die souveräne Majestät bin‹, die Regel (bzw. Grundnorm) zu treten ›dem Souverän (bzw. der Verfassung) ist zu gehorchen‹, oder wie Michael Pawlik es zusammenfaßt: »An die Stelle des ›leibhaftigen‹ Souveräns und seiner Befehle tritt somit eine ›impersonal structure of rules‹ mit einer den normativen Bereich abschließenden Norm – der Grundnorm bzw. der rule of recogni-

268 Wipo, Gesta Chuonradi II imperatoris c. 7, ed. W. Trillmich, S. 560/561; vgl. H. Beumann – Zur Entwicklung transpersonaler Staatsvorstellungen, S. 186 f.

269 Ganz in diesem Sinn ist z.B. Bodins ›Souverän‹ grundlegenden Verfassungsgesetzen sowie der »*loy de Dieu & de nature*« unterworfen; H. Quaritsch – Souveränität, S. 51.

tion – an der Spitze«[270]. Im Ergebnis eines wesentlich aus Willensakten (Normsetzungsakten) aufgebauten Stufenbaus der Rechtsordnung wirkt sich diese Differenz nicht wirklich aus. Der Unterschied liegt in der divergierenden Auffassung über die Letztbegründung von Recht, die in der angesprochenen Dualität entweder (mit C. Schmitt gesprochen) eine letzte Entscheidung (*quasi* eine Selbstsetzung des Souveräns[271]) oder eine letzte normative Regel ist. Letztere Auffassung ist vielleicht nichts weiter als der Reflex einer historischen Entwicklung, die Hermann Heller im zweiten Jahrzehnt des 20. Jahrhunderts beobachtet hat: »Die Staatslehre der Gegenwart vermag an die Realität einer volonté générale nicht mehr zu glauben« – damit einhergehend die Weigerung, die Zuordnung des politischen und zugleich rechtsetzenden Willens an ein von der konkreten Existenz des Herrschers zu abstrahierendes Subjekt zu denken oder doch zu akzeptieren, obwohl doch der Gedanke nicht mehr an Abstraktion erfordert als der, Gesellschafterbeschlüsse dem Willen einer juristischen Person des Privatrechts zuzuordnen. Freilich besteht ein Unterschied, denn die Zuordnung ist im Falle des Souveräns nicht durch eine rechtliche Regel konstituiert (wie bei der juristischen Person des Privatrechts) – eben das macht seine Stellung als Grenzbegriff aus. Mit der letzten Regel (Grundnorm, *rule of recognition*) wird jedoch nur für eine andere Art von rechtlichem Grenzbegriff plädiert und damit für eine andere Rechtstheorie – eine ›Widerlegung‹ der Befehlstheorie oder eines dezisionistischen Souveränitätskonzepts bedeutet das nicht.

Ganz die gleichen Auffassungsunterschiede betreffen auch den *zweiten* und *dritten* Einwand. Der *zweite* Einwand wird von Hart am Beispiel des Problems behandelt, daß die Geltung von Gesetzen sich auch auf die Mitglieder der gesetzgebenden Körperschaft, die diese Gesetze beschlossen hat, erstreckt[272]. Der Souverän als Gesetzgeber wäre also selbst gebunden, was seiner Definition widerspricht. Selbstbindung ist aber keine korrekte Bezeichnung für den im Beispiel beschriebenen Prozeß, denn daß das im Parlament als Gesetz Beschlossene auch für den als Privatman betrachteten Parlamentarier gilt, tangiert die souveräne Gewalt der versammelten Gesetzgeber überhaupt nicht und liefert somit auch keine Basis für eine Widerlegung des Souveränitätskonzepts. Es zeugt die Interpretation Harts vielmehr von einer – vielleicht durch die komplexe Lage in der englischen Verfassung hervorgerufene – prinzipiellen Verwechslung von *souveräner* Gewalt und *verfaßter* Gewalt (hier die Gesetzgebung). Die im Staat verkörperte souveräne Gewalt (also im Verfassungsstaat regelmäßig das Staatsvolk) bindet den in einer Doppelfunktion auftretenden Abgeordneten. Dieser

270 M. Pawlik – Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts, S. 59.

271 Dazu M. Pilch – System des transcendentalen Etatismus.

272 H.L.A. Hart – The Concept of Law, S. 66 ff.; vgl. M. Pawlik, a.a.O. S. 57 f.

ist aber nicht selber der Souverän, allenfalls Glied eines zur Erkenntnis des souveränen Willens eingerichteten Organs. Souveränität verschwindet im Verfassungsstaat nicht, sondern bleibt als verfassunggebende Gewalt im Hintergrund stets erhalten[273].

Die Existenz von Gewohnheitsrecht (*vierter* Einwand) ist mit Souveränitätsdoktrin und Befehlstheorie dann vereinbar, wenn man dieses als vom Souverän geduldet und unter seinem Vorbehalt bestehend betrachtet[274]; zugleich kann es als Ermächtigung an richterliche Organe gedeutet werden, auf gewohnheitsrechtliche Normen (als einem vom Souverän dem Volk eingeräumten Freiraum) zurückzugreifen, solange keine explizite Gesetzgebung diese aufhebt. Erst gegen den *expressis verbis* anderslautenden Befehl des Souveräns resistente Gewohnheitsrechtsnormen wären ein Problem bzw. solche, die als *leges fundamentales* außerhalb seiner Disposition lägen.

Die Existenz von Ermächtigungsnormen zuletzt – durch welche die Befehlstheorie Austins einem *fünften* Einwand[275] ausgesetzt wird, nämlich dem, daß »Rechtsregeln, die *Pflichten statuieren*, im sozialen Kontext eine grundsätzlich andere Struktur aufweisen als jene, die im weitesten Sinn *Rechte verleihen*«[276] – fügt sich insofern in ein Befehlskonzept des Rechts ein, als die angesprochene ›andersartige‹ Struktur darin besteht, daß hier Befehle indirekt zur Anwendung kommen: die Ermächtigung an ein Rechtssubjekt zur Normsetzung induziert (dem Souverän, der ermächtigt, zuschreibbare) Befehle an alle anderen Rechtsunterworfenen, die als Adressaten der Norm, zu der potentiell ermächtigt wird, in Frage kommen, eben jenen Normen zu gehorchen, als seien sie direkt vom Souverän erlassen. So ist es zwar richtig, daß aus der Ermächtigung nicht die Pflicht folgt, auch wirklich Normen i.d.S. zu setzen – diese wäre durch gesonderte Norm zu statuieren –, aber es folgt nicht, daß die Figur der Ermächtigung nicht mit (gleichsam über die Bande gespielten) Befehlen

---

273 Verfassung meint hier i.S.v. Carl Schmitt die letzte Entscheidung über die politische und damit auch juristische Form des Gemeinwesens und ist nicht zu verwechseln mit der selbst durch die Verfassung erst verliehene Kompetenz des ›Verfassungsgesetzgebers‹, Verfassungsgesetze zu erlassen; vgl. C. Schmitt – Verfassungslehre, insbes. S. 11 ff.

274 Historisch gesehen war das mit einer Tendenz zur Marginalisierung der zuvor gegenüber dem Gesetz wichtigeren Rechtsquelle des Gewohnheitsrechts verbunden: »Die Marginalisierung erfolgte [in der frühen Neuzeit] aber auch auf einer rechtstheoretischen Ebene durch die Hervorhebung ganz bestimmter Lehren der Entstehung des Gewohnheitsrechts. Im Vordergrund steht immer weniger die spontane Ausbildung in der Gesellschaft und immer mehr die ausdrückliche bzw. stillschweigende Anerkennung durch den Herrscher. Erst nach dessen Genehmigung darf die *consuetudo* ihre volle Rechtswirksamkeit ausüben.« R. Garré – Consuetudo, S. 90 f.

275 H.L.A. Hart – The Concept of Law, S. 31 ff.; vgl. auch ders. – Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral, S. 27 ff.

276 R.M. Watkins-Bienz – Die Hart-Dworkin Debatte, S. 33.

konstruierbar wäre. Den Gedanken, auf den es hier gegen Hart und andere Kritiker ankommt, hat auch Kelsen formuliert: »Die normative Funktion der *Ermächtigens* ist ebenso wie von der normativen Funktion des Erlaubens, so von der normativen Funktion des Gebietens verschieden. Aber Ermächtigen kann ein Gebieten *implizieren*. Es impliziert ein Gebieten, wenn *Normsetzung* ermächtigt ist. Wenn eine Moralnorm den Vater ermächtigt, seinem Kind Befehle zu geben, gebietet sie damit dem Kind, den Befehlen des Vaters zu gehorchen«[277].

Die Lanze, die hier für die Befehlstheorie des Rechts gebrochen wird, schließt nicht die Behauptung ein, daß diese in jedem Fall die überlegenere Theorie gegenüber normativistischen Konstruktionen sei, wohl aber, daß ihre modisch gewordene ›Widerlegung‹[278] konzeptionellen Vorentscheidungen, um nicht zu sagen Vorurteilen, eher sich verdankt denn immanenten Widersprüchen des Souveränitätskonzepts. Einer ihrer Vorteile liegt aber gewiß in der der *Reinen Rechtslehre* und anderen normativistischen Theorien schwer zugänglichen Verknüpfung zwischen der Rechtssphäre und der Sphäre des Politischen, der Ausnahme und dem Phänomen revolutionärer Umbrüche in Staat und Recht.

Lassen sich also Normen (zumindest auch) als imperativisch gefaßte Befehle verstehen? Für Normen im weiteren Sinn, bei denen von Geltung, Wirksamkeit und objektiver Rechtfertigung ganz abstrahiert wird, wird das jedenfalls zu bejahen sein, aber auch für Normen im engeren Sinn, sofern nur ein wirksamer Zusammenhang von Befehl und Gehorsam als Legitimationsgrundlage anerkannt wird. In der Epoche des Absolutismus war diese Voraussetzung zweifellos erfüllt.

Normen, so läßt sich zusammenfassen, sind also einerseits »*sprachliche Ausdrücke* (genauer Bedeutungen sprachlicher Ausdrücke), die ein Sollen zum Inhalt haben und deren Ziel es ist, auf das Verhalten von Menschen einzuwirken«[279]; sie sind als solche nur verständlich in ihrer sozialen Verankerung. Rechtsnormen als Untermenge aller sozialen Normen zeichnet darüber hinaus ein besonderes Verhältnis zur gesellschaftlichen Gewalt als unterscheidendem Merkmal aus. Die Aufgabe der Rechtstheorie muß es sein, über beides, die Satzgestalt wie die soziale Funktion, etwas auszusagen.

---

277 H. Kelsen – Allgemeine Theorie der Normen, S. 83.

278 In diesem Zusammenhang ist eine gewisse Verfestigung zu verspüren, nach der die bloße Berufung auf die Haltlosigkeit der Imperativtheorie der Argumentation enthebt; vgl. z.B. Joseph Raz: »Daß die Imperativ-Theorie unhaltbar ist, haben [im übrigen ungenannt bleibende] jüngere Arbeiten hinreichend gezeigt, und es ist nicht nötig, gegen sie hier noch einmal zu wiederholen.« J. Raz – Praktische Gründe und Normen, S. 68.

279 P. Koller – Theorie des Rechts, S. 109.

*Syntaktischer, semantischer und pragmatischer Normbegriff*

Läßt man alle anderen Aspekte beiseite und faßt man Normen als sprachliches Phänomen auf, so lassen sich in Anlehnung an die bekannte semiotische Differenzierung drei Normbegriffe unterscheiden, ein syntaktischer, ein semantischer und ein pragmatischer[280].

a) *Syntaktischer Normbegriff.* Normen als Objekte der Syntax sind Zeichen oder Zeichenketten im Rahmen einer formalen Sprache. Daß sie überhaupt in irgendein korrespondierendes Verhältnis zu dem treten, was gewöhnlich als Norm bezeichnet wird, verdankt sich der Interpretation der formalen Sprache durch eine Metasprache, womit aber die Ebene der reinen Syntax schon verlassen und die der Semantik betreten ist. Diese bringt die normative Deutung dadurch ins Spiel, daß gewisse Zeichen oder Zeichenketten als deontische Operatoren interpretiert werden, die präskriptive, also verhaltenvorschreibende, Wirkung haben. Auf dieser Basis läßt sich ein ›Normensystem‹ aufbauen, indem ›Normen‹ zwischen zwei Kategorien von Konstanten (›Fälle‹ bzw. ›Lösungen‹) Verknüpfungen herstellen. Normen ordnen Fallvariablen Lösungsvariablen funktional zu[281]. Die semantische Ebene wird im Rahmen des syntaktischen Normbegriffs – abgesehen von einer ganz verallgemeinerten deontischen Interpretation – bewußt ganz beiseite gelassen. Auf dieser Abstraktionsebene bewegen sich beispielsweise die

---

280 Wenn in O. Weinberger – Der semantische, der juristische und der soziologische Normbegriff, S. 435 – davor gewarnt wird, »der Titel dieser Abhandlung möge nicht in dem Sinne verstanden werden, als vertrete der Autor die Meinung, es gäbe drei verschiedene Normbegriffe, einen semantischen, einen juristischen und einen soziologischen«, so sei hier im Gegenteil betont, daß die drei hier vorzustellenden Normbegriffe so deutliche Divergenzen aufweisen, daß sie gerade nicht als bloße Aspekte eines gemeinsamen Begriffs verstanden werden können. Die Gliederung in Syntaktik, Semantik und Pragmatik geht auf Charles W. Morris zurück, der in einer Reduktion der dreistelligen Zeichenrelation von Charles Sanders Peirce vereinfachte zweistellige Zeichenrelationen untersucht: »Diese zweistelligen Relationen zwischen ›den Zeichen in Beziehung zu anderen Zeichen‹, zwischen den ›Zeichen und den Gegenständen‹ (Designata), sowie zwischen Zeichen und Interpret‹ bezeichnet er als die *syntaktische*, die *semantische* und die *pragmatische* Dimension des Zeichenprozesses, denen er die semiotischen Teildisziplinen *Syntaktik*, *Semantik* und *Pragmatik* zuordnet.« K.W. Zeidler – Prolegomena zur Wissenschaftstheorie, S. 49; vgl. Ch. W. Morris – Grundlagen der Zeichentheorie.

281 Der damit angesprochene funktional definierte Normbegriff zeigt, wie schon weiter oben angesprochen, eine gewisse Verwandtschaft zu dem, was Wolfgang Fikentscher im Rahmen seiner Theorie als ›Fallnorm‹ bezeichnet: »Die Fallnorm ist diejenige Regel des objektiven Rechts, die einem lösungsbedürftigen Sachverhalt eine ihn regelnde Rechtsfolge zuordnet.« W. Fikentscher – Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung Bd. IV, S. 202.

Systeme von Carlos E. Alchourrón und Eugenio Bulygin[282] bzw. von Jürgen Rödig[283].

In *Normative Systems* werden *Fälle* definiert als »Umstände oder Situationen, in denen wir uns dafür interessieren, ob eine bestimmte Handlung von einem bestimmten Normensystem erlaubt, geboten oder verboten wird«[284]. Bestimmt und in gewisser Weise vollständig durchmustert werden die *Fälle* durch *Eigenschaften* und Kombinationen aus *Eigenschaften*[285]. *Lösungen* wiederum nehmen Bezug auf menschliche Handlungen und legen deren deontischen Status fest (z.B. als geboten, verboten oder erlaubt)[286]. *Normen* schlußendlich verknüpfen formal (mathematisch) *Fälle* und *Lösungen*[287]. Die gesamte Phänomenalwelt wird abgebildet auf ein digitales Raster aus (juristisch relevanten) *Eigenschaften*, die *Fälle* definieren, denen wiederum *Lösungen* zugeordnet sind, durch die *Handlungen* normativ determiniert sind. Die Normativität dieser syntaktischen Normen[288] beruht einzig auf der Interpretation gewisser Argumente von Zeichen(ketten) als Handlungen und deren (funktional zugeordneter) deontischen Modalität[289]. Damit ist die Ebene der Semantik zumindest berührt. Die Verhältnisse liegen analog zur logischen Syntax, deren Abstraktionsniveau ebenfalls zwischen syntaktischer und semantischer Ebene vermittelt[290]. Die Meriten des Modells liegen in der abstrakten Behandelbarkeit von Fragen wie Widerspruchsfreiheit,

---

282 C.E. Alchourrón, E. Bulygin – Normative Systeme.

283 J. Rödig – Ein Kalkül des juristischen Schließens; ders. – Axiomatisierbarkeit juristischer Systeme.

284 C.E. Alchourrón, E. Bulygin, a.a.O. S. 56.

285 Für die *Eigenschaften* gilt u.a. die Forderung nach logischer Unabhängigkeit (Hypothese des logischen Atomismus); a.a.O. S. 57.

286 »Jede Lösung determiniert also deontisch irgendeinen deontischen Inhalt.« A.a.O. S. 45.

287 »Sätze, (d.h. sprachliche Ausdrücke), die Fälle mit Lösungen korrelieren, sollen *Normen* heißen.« A.a.O. S. 46.

288 Die Anregung, in diesem Zusammenhang tatsächlich von einem *syntaktischen Normbegriff* zu sprechen, bieten die Autoren in der Zusammenfassung ihres Texts selbst: »Die wichtigsten in diesem Buch ausgeführten Gedanken lassen sich präziser als rein syntaktische Begriffe formulieren, die sich auf eine syntaktische Struktur einer Sprache beziehen, deren (Haupt-)Funktion es ist, Normen auszudrücken, die menschliches Verhalten regulieren.« A.a.O. S. 295.

289 Die Syntax kennt zwei primitive Konstanten: *Eigenschaften* E, aus denen sich Bedingungen aufbauen lassen, und *Handlungen* H, die mit einer präskriptiven Komponente versehen werden; die Verknüpfung beider, d.h. einer bestimmten Menge von E mit einer bestimmten Menge von H, konstituiert eine bedingte Norm.

290 »Logical Syntax borders on semantics; it abstracts from the actual meaning of linguistic expressions but not from the fact, that they do have meaning and may therefore be true or false.« A. Ross – Directives and Norms, S. 7.

Vollständigkeit, Lücken, Reichweite und Eindeutigkeit von Derogation in einer – zwar nicht deontologisch, aber doch hermeneutisch – perfekten Welt, in der Deutungsprobleme, die im Rahmen von nichtformalen Sprachen gemeinhin aufzutreten pflegen, gänzlich ausgeklammert werden können.

Die angesprochenen Probleme kehren freilich an zwei Fronten wieder, wenn versucht wird, empirisch gegebene Normsätze nach diesem Modell zu untersuchen. Als Problembereich zu nennen ist einmal die Anwendung des Systems auf reale Sachverhalte (diesen Schwierigkeiten widmen ALCHOURRÓN und BULYGIN einen eigenen Abschnitt[291]). Die Zuweisung realer Sachverhalte zu bestimmten *Eigenschaften* und *Fällen* des syntaktischen Normensystems ist ohne hermeneutisches Rüstzeug nicht zu bewerkstelligen; mit Unklarheiten »aufgrund der *semantischen Unbestimmtheit* oder *Vagheit* allgemeiner Begriffe«[292] ist zwangsläufig zu rechnen und diese sind letztlich nur durch Dezision zu lösen, deren Regelung wiederum aus prinzipiellen Gründen vom System nicht restlos determiniert werden kann[293]. Die Autoren sprechen selbst von »Grauzonenfällen«, die »eben nicht wegen einer Unzulänglichkeit oder eines Fehlers im normativen System [entstehen], sondern aufgrund bestimmter semantischer Eigenschaften von Sprache im allgemeinen«[294]. Die andere Front bildet das Erzeugungsproblem: Welche Verknüpfungen zwischen welchen zu definierenden *Eigenschaften* und *Handlungen* werden durch die nicht-formalsprachlichen Äußerungen des Gesetzgebers eigentlich hergestellt? Auch die Beantwortung dieser Fragen erfordert ein nichtverschwindendes Maß an interpretativer und hermeneutischer Tätigkeit. Das Problem stellt sich angesichts der Übersetzung gewöhnlicher Normtexte in die formale Sprache der syntaktischen Normen. Welches »Universum von Fällen UF« wird kreiert und welches »Universum von Eigenschaften UE«, wenn in Gesetzestexten rechtlich relevante Prädikate auftauchen? In einer formalen Sprache liegen die Verhältnisse einfach: $E_i$ ist juristisch relevante Eigenschaft genau dann, wenn gilt $E_i \in UE$; bei gewöhnlichen Normtexten bedarf es des juristisch geschulten Blicks und einer Entscheidung, um die fallrelevanten

291 C.E. Alchourrón, E. Bulygin, a.a.O. S. 68 ff.

292 A.a.O. S. 70.

293 Dezision darf hier nicht verwechselt werden mit Willkür. Es zerfällt offenbar jede (komplexere) juristische Begründung in zwei Komponenten, eine *logische* und eine *wertende*; so lautet zumindest die Auffassung in R. Alexy – Theorie der juristischen Argumentation, S. 22 ff. Das ›Werten‹, so wurde im Anschluß an die Sprachtheorie von Karl Bühler zu zeigen versucht, läßt sich vielleicht überhaupt als eigenständige Komponente im Juristischen verstehen, durch die die Sein-Sollens-Dichotomie zur Trias Sein-Sollen-Werten erweitert wird; dazu D.v.d. Pfordten – Sein, Werten, Sollen.

294 A.a.O. S. 74.

Eigenschaften zu bestimmen[295]. Schon darum bedeutet juristische Arbeit nicht nur Umgang mit Logik, sondern vor allem anderen Umgang mit Texten.

Das Rechtssystem selbst behilft sich in solchen Fällen mit der Einführung eines dezisionistischen Spitzenregulators, z.B. eines Höchstgerichts oder anderen Instrumenten, wie authentischer Interpretation oder erläuternden Bemerkungen zu Gesetzestexten. In der Welt reiner Syntax ist das alles nicht repräsentierbar. Der Wert derartiger formaler Modellbildungen liegt in der Möglichkeit, Zusammenhänge unter Absehung anderer gewöhnlich vorhandener Störfaktoren herauspräparieren zu können. Ihre praktische Anwendbarkeit dürfte sich in Grenzen halten.

b) *Semantischer Normbegriff.* Der Umstand, daß Normen Gebilde sprachlicher Natur sind, liefert das theorietreibende Ferment für die Entwicklung eines semantischen Normbegriffs[296], nicht aber um den Blickpunkt auf den formalen Aufbau zu richten, oder wie beim syntaktischen Normbegriff, die Normen als Elemente formaler Sprachen zu studieren, sondern um den mittels Alltagssprache oder Sondercode der Juristenzunft transportierten Sinngehalt der Norm zu verstehen. Kern des semantischen Normbegriffs, wie er etwa von Robert Alexy entworfen wurde, ist die Trennung von *Norm* und *Geltung* mit dem Zweck der »Entlastung des Begriffs der Norm von geltungstheoretischen Elementen«[297]. Der Normbegriff selbst soll außer Streit gestellt werden, die verbleibenden theoretischen Auffassungsdivergenzen in die Geltungstheorien verlagert werden; der Begriff der Norm selbst gerät dabei so weitherzig, daß eine umfangreiche Palette von Geltungstheorien mit ihm als vereinbar sich erweist. Alexys Ziel ist ein »semantisches Modell, das mit den unterschiedlichsten geltungstheoretischen Thesen verträglich ist«[298], ganz in dem Sinn, in dem beispielsweise nach Ralf Dreier »von der ›Geltung‹ einer Rechtsnorm in einem dreifachen Sinne gesprochen werden [kann], einem soziologischen, einem juristischen und einem ethischen«[299]. Ausgeklammert bleibt einzig der Ansatz, der die Geltung als im-

---

295 Entsprechend heißt es in der Fallnormlehre Fikentschers: »Die Fallnorm ist das, was vom hermeneutischen Zirkel bleibt, wenn man ihn abbricht.« W. Fikentscher – Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung Bd. IV, S. 201.

296 P. Koller – Theorie des Rechts, S. 65 ff.

297 R. Alexy – Theorie der Grundrechte, S. 47.

298 A.a.O. S. 41.

299 R. Dreier – Recht und Moral, S. 194; vgl. dazu R. Alexy – Begriff und Geltung des Rechts, S. 139 ff., bzw. D. Heckmann – Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, S. 30 ff. Bei Gustav Radbruch findet sich die ähnlichlautende Differenzierung in »*juristische* […] *historisch-soziologische* […und] *philosophische Geltungslehre*« (G. Radbruch – Rechtsphilosophie, S. 78 ff.); vgl. dazu G. Otte

manentes Begriffsmerkmal der Norm betrachtet und für den eine nichtgeltende Norm zugleich nichtexistierend, ein begriffliches Nichts ist. ›Geltung‹ ist die eigentümliche Seinsweise, »die spezifische Existenz«[300] der Normen. Diese Existenzweise ist dabei stets eine zu einem bestimmten Normensystem bzw. einer Rechtsordnung relative: »Einer Rechtsnorm kommt Geltung nie absolut, sondern immer nur in einer bestimmten Rechtsordnung zu. Rechtsnormen sind Bestandteile einer geltenden Rechtsordnung oder sie gelten nicht«[301].

Ausgangspunkt für die Konzeption des semantischen Normbegriffs ist die Unterscheidung von *Norm* und *Normsatz*[302]; der Norm kommt dabei angesichts der variablen sprachlichen Formulierbarkeit ein und derselben Norm durch verschiedene Sätze die Priorität im Begriffspaar zu. Der *Normsatz* bildet die sprachliche Verkörperung der *Norm* und diese läßt sich umgekehrt definieren als »Bedeutung eines Normsatzes«[303]. Diese vorgenommene Wendung ins sprachanalytische Terrain betrachtet die Norm als eine primär »semantische Entität«, einen »Bedeutungsinhalt, der eine deontische Modalität einschließt«[304], und läßt andere Aspekte, wie etwa die Verknüpfung der Norm mit einem dazugehörigen Willensakt, in den Hintergrund treten.

Was bedeutet das? Welche Probleme stellen sich? Als Schwierigkeit erweist sich einerseits die Frage nach dem Kriterium, das verbürgt, es bei zwei oder mehreren Normsätzen (Normformulierungen) tatsächlich mit dem Ausdruck derselben Norm zu tun zu haben. Alexy meint, dieses Kriterium müsse auf der Ebene

– Kritik des juristischen Geltungsbegriffs, S. 359. Als Einwand gegen eine derartige Begriffsbildung wurde u.a. vorgebracht, daß präziser zwischen *Geltung* einer Norm (*qua* abstrakter Zuordnung zu einem rechtlichen oder sonstigem sozialen Normensystem) und der *Verbindlichkeit* derselben Norm, d.h. der Bewertung der Norm als nach irgendeinem objektiven Maßstab tatsächlich gesollt, unterschieden werde müsse; vgl. R. Lippold – Geltung, Wirksamkeit und Verbindlichkeit von Rechtsnormen.

300 H. Kelsen – Reine Rechtslehre, S. 10.

301 G. Otte – Zum Problem der Rechtsgeltung in der juristischen Logik, S. 257; vgl. O. Weinberger – Rechtslogik, S. 259 ff.

302 Genau genommen müßte zwischen Norm und Norm-Formulierung unterschieden werden: »Norm-Formulierungen gehören zur Sprache. ›Sprache‹ ist dabei in einem weiten Sinne zu verstehen. Eine Verkehrsampel z.B. fungiert normalerweise als eine Norm-Formulierung. Auch eine Geste oder ein Blick können, selbst wenn sie nicht von Worten begleitet werden, manchmal einen Befehl ausdrücken.« G.H.v. Wright – Norm und Handlung, S. 100.

303 R. Alexy – Theorie der Grundrechte, S. 43.; »Die Rechtsnorm ist also der Sinn eines Rechtssatzes; der Rechtssatz ist eine sprachliche Formulierung der Rechtsnorm.« O. Weinberger – Norm und Institution, S. 86.

304 R. Alesy, a.a.O. S. 45.

der Norm, nicht des Normsatzes gesucht werden[305]. Was das angesichts der essentiellen Sprachabhängigkeit der Norm, die ohne ›Verkörperung‹ im Normsatz überhaupt nicht greifbar ist, bedeuten mag[306], bleibt unklar. Andererseits erweckt die Definition der Norm als »Bedeutung eines Normsatzes« den Eindruck, als wäre das Vorliegen einer gewissen Sorte von Sätzen (der Normsätze), die nach anderen Bestimmungsmerkmalen von anderen Satztypen klar gesondert sind, hinreichend, um, hat man den Sinn dieser Sätze einmal ermittelt, Normen inhaltlich zu bestimmen. In Wahrheit macht aber erst die inhaltliche Deutung *als* Norm einen beliebigen Satz zum Normsatz, und es ist erst die interpretierende Einordnung, die dem Satz normative Valenz verleiht; insofern ist die Norm tatsächlich das primäre Glied, aber als auf Sätze anzuwendendes Deutungsschema, das in Konkurrenz steht zu anderen Deutungsschemata, den Satz etwa als Aussage oder als performativen Akt aufzufassen[307]. Umgekehrt lassen sich auch für einen Vorrang der Normformulierung Argumente finden: Logische Folgerungszusammenhänge gehen von den Konsequenzen von Satzmengen aus und nicht von Normmengen. Normen sind durch verschiedene Normsätze repräsentierbar, zur Bildung von Konsequenzenmengen i.S.v. Alfred Tarski muß man sich aber für eine bestimmte Repräsentation entscheiden, die dann als Satzmenge die Basis für die Anwendung der Folgerungsregeln bildet. Selbst wenn es gelingt, ein Kriterium dafür zu finden, wann zwei Normsätze oder Normformulierungen den selben normativen Inhalt repräsentieren[308], ist die Problematik der Identität und der Zählbarkeit von Normen ungelöst. Identität und Zählbarkeit aber sind Voraussetzungen für die Mengenbildung, denn die Elemente einer Menge müssen eindeutig bestimmt sein. Auf der Ebene der Normsätze besteht diese Schwierigkeit nicht, weil Sätze, wenn Zeichen für die Abgrenzung von Sätzen eindeutig definiert sind, syntaktisch identifizierbare Gebilde darstellen (Zeichenketten) und somit zählbar sind. Als Konsequenz sollte an die Stelle des Begriffspaars Normsatz/Norm die Gegenüberstellung von *Normsatz* und *normativem Inhalt* treten.

---

305 A.a.O. S. 43.

306 Zur Sprachabhängigkeit G.H.v. Wright, a.a.O. S. 101.

307 In die gleiche Richtung gehend: »Wenn wir sagen, daß es die Verwendung und nicht das Aussehen des Ausdrucks ist, das zeigt, ob er eine Norm-Formulierung ist, so behaupten wir damit, daß der Begriff einer Norm gegenüber dem Begriff einer Norm-Formulierung primär ist.« A.a.O. S. 108.

308 Es ginge bei einem solchen Kriterium um die Scheidung logisch relevanter Umformulierungen von irrelevanten, ganz analog zur Problematik bei Aussagesätzen: »[…] es darf nicht verkannt werden, daß man denselben Sinn, denselben Gedanken verschieden ausdrücken kann, wobei denn die Verschiedenheit nicht eine solche des Sinnes, sondern nur eine der Auffassung, Beleuchtung, Färbung des Sinnes ist und für die Logik nicht in Betracht kommt.« G. Frege – Über Begriff und Gegenstand, S. 70.

Weiteres Kennzeichen der Normtheorie Alexys ist das Postulat des *Parallelismus von Normsatz und Aussagesatz*: »Die Beziehung zwischen Normsatz und Norm entspricht der zwischen Aussagesatz und Aussage«[309]. Behauptet wird Strukturgleichheit bei gleichzeitiger Typenverschiedenheit, die dadurch charakterisiert wird, daß Aussagesätzen – wie weiter oben schon angesprochen – ein Wahrheitswert (wahr/falsch) zuschreibbar ist, Normsätzen hingegen nicht[310]. An die Stelle des Wahrheitswertes tritt die Unterscheidung von Gelten und Nichtgelten der Norm. Der Parallelismus ist auf der semantischen Ebene angesiedelt: der Sinn eines Aussagesatzes ist die Aussage analog zur Norm als Sinn des Normsatzes. Der Parallelismus ist zwar sichtlich an der schon angesprochenen Scheidelinie von Sein und Sollen orientiert, koinzidiert aber interessanterweise nicht mit der rechtspositivistischen Trennungsthese, die von Alexy abgelehnt wird[311]. Woran nun ist ein Aussagesatz, woran ein Normsatz erkennbar, und wie sind beide Typen voneinander zu unterscheiden? Naheliegend wäre es, nach grammatischen Merkmalen und Struktureigenschaften solcher Sätze zu suchen, z.B. die regelmäßige Verwendung gewisser Worte. Als Kriterium heranzuziehen, daß im Normsatz gewisse deontische Termini wie ›sollen‹, ›dürfen‹ ›müssen‹ und äquivalente auftauchen müssen, geht fehl, weil auch typische Aussageformulierungen normativ gebraucht werden (Beispiel: ›Ihr verläßt jetzt das Gebäude‹ als Formulierung für die Norm, daß das Gebäude zu räumen ist); umgekehrt können in Aussagesätzen über Normen ebenfalls deontische Termini vorkommen (Beispiel: ›Das Gebäude soll verlassen werden‹ als Aussage über das Bestehen der Norm, daß das Gebäude zu verlassen ist)[312]. Letztere Eigenschaft trifft auch Alexys Bemerkung, daß zumindest jeder Normsatz in einen deontischen Ausdruck (›dürfen‹, ›verboten‹, sollen‹ etc.) transformierbar ist[313], denn auch die Transformierbarkeit liefert kein Unterscheidungskriterium, ist sie doch auch für Aussagesätze (über Normen) jederzeit möglich. Die angeführten Bemerkungen haben hier einzig den Zweck, die Gegenthese zu provozieren: Aussagesätze und Normsätze sind

309 R. Alexy – Theorie der Grundrechte, S. 46.

310 Vgl. dazu G.H.v. Wright, a.a.O. S. 109.

311 R. Alexy, a.a.O. S. 39 ff.

312 »Die Identifizierung der Direktiven würde keine Schwierigkeiten bereiten, wenn man in einer unfehlbaren Weise auf bestimmte sprachliche Formeln verweisen könnte, die Träger der direktiven Bedeutung wären, d.h. wenn die syntaktische Struktur der Direktiven mit ihrer semantischen Funktion strikt verbunden wäre. Bekanntermaßen werden jedoch die Direktiven auf verschiedene Weise ausgedrückt. Daher ist es manchmal zweifelhaft, ob eine bestimmte Formulierung eine Direktive oder eine Aussage anderer Art erfaßt.« K. Opałek – Theorie der Direktiven und der Normen, S. 28.

313 R. Alexy – Theorie der Grundrechte, S. 46.

(auf semantischer Ebene) ununterscheidbar[314]. Gemeint ist, daß Sätzen wie ›Alle verlassen das Gebäude‹ für sich betrachtet ohne Zusatzinformation nicht entnommen werden kann, ob eine Norm oder eine Aussage zum Ausdruck gebracht wird; die Formulierung verhält sich beidem gegenüber neutral.

Die geforderte ›Zusatzinformation‹ weist auf eine andere semiotische Ebene, die pragmatische der ›Verwendung‹ des Satzes und der Umstände, in die diese Verwendung eingebettet ist. Dabei zeigt sich, daß nicht nur Vielfalt einander ausschließender Verwendungsweisen und damit einhergehend Bedeutungsvielfalt vorliegen kann, sondern auch simultane, *uno actu* vollzogene, wie an einem Beispiel erläutert sei. Angenommen in einem Normensystem erhalten Normen dadurch Verbindlichkeit, daß sie nach Setzung durch eine vorgesehene Normautorität dem potentiellen Normadressaten durch eigene Normübermittler verkündet werden. Angenommen weiters, wir hätten einen solchen Verkündungsakt vor uns gerichtet an zwei Normadressaten, die sich lediglich dadurch unterscheiden, daß einem die in Rede stehende Norm zum ersten Mal, dem anderen aber zum zweiten oder wiederholten Male zu Gehör gebracht wird. Vernimmt somit ersterer zweifelsohne einen Normsatz mit dem zusätzlichen illokutionären Gehalt, die Norm für ihn durch diesen Akt verbindlich zu machen, so ist bei zweiterem zumindest diskutierbar, ob er einen Normsatz vor sich hat oder doch einen Aussagesatz, der ihm die Norm noch einmal einschärft, oder einen Satz, der ihn informiert, daß die Norm nunmehr auch für den anderen gelte. Die Verhältnisse liegen in einer gewissen Parallele zur Wirkungsweise von Aussagesätzen, wenn man die Kenntnisnahme einer Aussage vom informationstheoretischen Standpunkt aus betrachtet: Auch hier findet eine Zunahme an Information beim Empfänger nur bei der ersten Kenntnisnahme statt, nicht aber bei der wiederholten[315].

Diese Art von simultaner Mehrdeutigkeit – die auch von Georg Henrik von Wright in *Norm and Action* aufgegriffen wird[316] – macht deutlich, daß

314 Zumindest in einer eingeschränkteren Fassung soll die These behauptet werden: »Ob ein gegebener Satz eine Norm-Formulierung ist oder nicht, läßt sich niemals allein durch ›morphematische‹ Gründe, d.h. niemals aufgrund des Zeichens allein entscheiden.« G.H.v. Wright – Norm und Handlung, S. 108; K. Opałek – Theorie der Direktiven und der Normen, S. 158.

315 Dazu H. Lyre – Informationstheorie, S. 31 ff.

316 »Ein und derselbe Satz kann somit zur Formulierung einer Norm (zum Geben einer Vorschrift) und zur Aufstellung einer normativen Feststellung verwendet werden. Diese Mehrdeutigkeit scheint zudem für deontische Sätze im allgemeinen charakteristisch zu sein. […] Manchmal sind zur selben Zeit beide Verwendungsweisen im Spiel. Ein und dasselbe Vorkommnis eines ›Sollens‹-Satzes z.B. kann sowohl dazu verwendet werden, den Empfänger eines Befehls daran zu erinnern, daß er den Befehl erhalten hat, als auch dazu, dem Befehl selbst neuen Nachdruck zu verleihen.« G.H.v. Wright, a.a.O. S. 110.

von der Bedeutung des Satzes ohne Einbeziehung des Verhältnisses von Normsatzäußerer und Rezipient nicht ohne weiteres gesprochen werden kann. Denkt man sich eine dritte Person im Kreis der Angesprochenen mit der Funktion eines bloßen Protokollführers, so ist klar, daß für diesen der Satz jedenfalls nur informierenden und nicht normierenden Charakter hat. So besehen ist ein merkwürdiger Chiasmus denkbar: der Satz ›p ist hiermit verboten‹[317] kann, obzwar der Form nach ein Normsatz, seiner Bedeutung nach Aussage sein; sein Gegenstück ›Es gilt die Norm *p ist verboten*‹ (dies der Form nach ein Aussagesatz über eine Norm) aber u.U. selbst die Bedeutung einer Norm haben.

Als Lehre aus dem bisher Vorgebrachten möge gezogen werden, daß die Analyse der Parallelstruktur von *Normsatz* und *Aussagesatz* über die Grenzen reiner Semantik hinausgetrieben wird hin zu den Entstehungsbedingungen von Normen und Aussagen, zur Konfrontation mit Fragen nach der Wahrheit, Geltung, Setzung, Behauptung etc., kurz, daß ein Eindringen in die Welt der Sprechakte ganz unvermeidbar ist[318]. Zur Abgrenzungsproblematik von *Aussage* und *Norm* gesellt sich unweigerlich die von *performativ* und *konstativ* oder verwandter Differenzierungen[319]. Zu dem, was man auf pragmatischer Ebene typischerweise mit Aussagen ›macht‹ (z.B. behaupten, sich irren, täuschen, zurücknehmen, empfehlen, überzeugen etc.), muß es also in irgendeiner Weise Äquivalente auf der Seite der Normen geben, und erst dieses Wissen verhilft zur Klärung, was die Normsätze bedeuten. Zentraler Zweck auf der Seite dieser Äquivalente ist die Einflußnahme auf menschliche Handlungen. Der *soziale Zweck des Rechts* ist als wesentlicher Verständnisfaktor auch dort präsent, wo vordergründig nur die Sprachstruktur von Rechtsnormen thematisiert zu werden scheint.

Die oben angesprochene *interpretatio duplex* eines Satzes wie ›A soll die Tür schließen‹ als Norm bzw. als Aussage über eine Norm erlaubt in dieser erweiterten, Sprechakte einbeziehenden Perspektive mindestens eine *interpretatio qua-*

317 Amedeo G. Conte meint in jenem hier verwendeten (selbstbezüglichen) ›hiermit‹ ein untrügliches Zeichen im Sprechakt zu haben, das einen Ausweg aus den vielfältigen Ambiguitäten bietet; A.G. Conte – Aspekte der Semantik der deontischen Sprache, S. 60. Die Vieldeutigkeit bleibt aber bestehen, weil ein mit ›hiermit‹ gebildeter Satz natürlich zitierbar ist, so daß die Funktion des ›hiermit‹ gerade wieder aufgehoben wird; die Bedeutung ist stets nur durch den Rekurs auf ›weitere Umstände‹ eruierbar, ein rein syntaktisch funktionierendes Kennzeichnungselement ist ausgeschlossen.

318 R. Alexy – Theorie der Grundrechte, S. 51.

319 Bekanntlich verwirft der ›Entdecker‹ der Sprechaktdimension der Sprache John. L. Austin in *How to do Things with Words* das Begriffspaar konstativ/performativ zu Gunsten der Differenzierung in lokutionäre, illokutionäre und perlokutionäre Akte; dazu S. Krämer – Sprache, Sprechakt, Kommunikation, S. 135ff.; zu Austin auch R. Alexy – Theorie der juristischen Argumentation, S. 77ff.

*druplex*: ›A soll die Tür schließen‹ kann (1) performativ-normativ verwendet werden, indem durch die Äußerung des Satzes (nebst geeigneter Nebenumstände) die Setzung der Norm ›A soll die Tür schließen‹ bewirkt wird. Als eine solche Setzung ist der Satz weder nach dem Kriterium wahr/falsch (wie eine Aussage) noch als gültig/ungültig (wie eine Norm) zu qualifizieren, sondern als geglückt oder mißlungen (bzw. wirksam/unwirksam), je nachdem, ob die Setzung der Norm effektiv zu Stande gekommen ist oder nicht. Der Satz kann (2) konstativ als Aussagesatz über eine Norm deutbar sein mit dem Inhalt, daß die Norm ›A soll die Tür schließen‹ gilt; der Satz in dieser Bedeutung ist wahr oder falsch, je nachdem, ob die Norm gilt oder nicht. Weiters muß – schon zur Formulierung der beiden angeführten Deutungen – (3) die Interpretation als Normsatz möglich sein: der Satz ist dann seiner einfach-normativen Bedeutung nach eine geltende oder nichtgeltende Norm. Zuletzt muß (4) eine neutrale Bedeutung, *quasi* die reine Formulierung des ›Gedankens‹ oder das reine In-den-Raum-Stellen des bloßen ›Tür-schließen-Sollens‹ unter Abstraktion von allen vorgenannten Aspekten wie Wahrheit oder Geltung angenommen werden. In dieser Hinsicht ist der Satz weder gelungen/mißlungen noch wahr/falsch, noch geltend/nichtgeltend (von der Stellung in einem bestimmten realen oder fiktiven Normensystem war insbesondere zu abstrahieren), sondern allenfalls sinnvoll oder sinnlos. Trotzdem bleibt auf dieser Ebene der Abstraktion die Doppeldeutigkeit, den Satz als normativen oder deskriptiven ›Gedanken‹ zu deuten, erhalten.

Das ist deshalb ein wichtiges Ergebnis, weil die oben angesprochene Konzeption von Norm- und Aussagesätzen als von einem gemeinsamen Satzradikal (Leitthema/modalen Substrat) ausgehende Resultate der Anwendung von Assertions- und Gebotsoperatoren damit als komplexer sich erweist als vorerst angenommen. Es muß in beiden Fällen, im deskriptiven wie im präskriptiven, eine mindestens dreistufige Intensität dieser Operatoren angenommen werden, deren schwächste den neutralen normativen bzw. deskriptiven ›Gedanken‹ im soeben beschriebenen Sinn aus dem Satzradikal (Leitthema/modalen Substrat) generiert. *Erste* Intensitätsstufe: In Freges Terminologie ist das Resultat der Übergang vom »Fassen des Gedankens« zur Form des Urteils (–p), d.h. die unbehauptete Aussage mit dem Inhalt des Sachverhalts p[320]. Der entsprechende Ausdruck der Norm

320 »Es ist also möglich, einen Gedanken auszudrücken, ohne ihn als wahr hinzustellen. In einem Behauptungssatze ist beides so verbunden, daß man die Zerlegbarkeit leicht übersieht. Wir unterscheiden demnach 1. das Fassen des Gedankens – das Denken, 2. die Anerkennung der Wahrheit eines Gedankens – das Urteilen, 3. die Kundgabe dieses Urteils – das Behaupten.« G. Frege – Der Gedanke, S. 35. Eine Abweichung zum fregeschen Konzept liegt darin, daß im Urteil hier nicht die (innere) Anerkennung

erster Intensitätsstufe, also auf der Ebene des neutralen von der Geltung oder Nichtgeltung abstrahierenden Satzes, ist !p (›p soll sein‹, bzw. ›p ist geboten‹). Die *nächst intensive* Stufe des Aussageoperators erzeugt eine Behauptung des Urteils gleichen Inhalts ⊢p[321]. Es ist in der Logik seit langem anerkannt, daß es einen logischen Unterschied zwischen einer behaupteten und einer unbehaupteten Aussage gibt[322]. Was ist nun das normative Äquivalent zur Behauptung? Man könnte an den (Sprech-)Akt der Normsetzung denken, doch diese Annahme stört den symmetrischen Aufbau zwischen Norm und Aussage, denn während die Normsetzung als Resultat die Geltung einer Norm hat, ist das Ergebnis einer Behauptung, abgesehen von einigen zum Pathologischen neigenden Fällen unmittelbarer Selbstbezüglichkeit[323], nicht die Wahrheit des behaupteten Inhalts. Es besteht lediglich die Konvention, daß mit einer Behauptung die Wahrheit des Behaupteten unterstellt wird[324]. Wahrheit der Aussage und Geltung der Norm sollen aber die einander entsprechenden Eigenschaften im Parallelismus Aussage/Norm sein[325]. Man könnte als Analogon zur ›Behauptung‹ schlicht den ›Befehl‹ nehmen, wie das Opałek tut[326], jedoch ist der Ausdruck ›Befehl‹ zu vieldeutig, kann die Erzeugung einer Norm ebenso bedeuten wie die Berufung auf eine Norm oder den neutralen Ausdruck einer Norm auf semantischer Ebene. Die Behauptung ist durch

---

der Wahrheit des ›Gedankens‹ liegt, sondern eine Form gesehen wird, in der von der Qualifikation als wahr oder falsch abstrahiert wird. Weiters ist zu bemerken, daß für Frege ein ›Gedanke‹ stets deskriptiven Sinn hat und ein ›normativer Gedanke‹ bei ihm nicht vorkommt. Imperative drücken Befehle aus und nicht ›Gedanken‹, wobei Frege aber anmerkt: »Ein Befehl, eine Bitte sind zwar nicht Gedanken, aber sie stehen doch mit Gedanken auf derselben Stufe.« G. Frege – Über Sinn und Bedeutung, S. 53; dazu M. Dummett – Frege. Philosophy of Language, S. 307 f.

321 Alf Ross kennt hier noch eine ›Zwischenstufe‹ acpt p; dabei geht es um ›innere Zustimmung‹: »Acceptance is an internal act. It occurs in soliloquies as the utterance to oneself.« A. Ross – Directives and Norms, S. 16.

322 »[…] we must insist that there is a difference of some kind between an asserted and an unasserted proposition.« B. Russell – The Principles of Mathematics, S. 35.

323 Gemeint sind Sätze vom Typ ›Dieser Satz besteht aus neun Silben‹ und ähnliche.

324 »Assertions take place against the Background of a custom of uttering them with the Intention of saying something true (together with all those conventions which determine the sense of the assertion, i.e. the conditions under which it is true).« M. Dummett – Frege. Philosophy of Language, S. 302.

325 Eine Parallelität könnte freilich auch zwischen Wahrheit und Erfüllung konstruiert werden: »Just as there is something at least approximately right in saying that we understand a statement when we know the conditions under which it is true and the conditions under which it is false, so we may say that we understand a command when we know the conditions under which it is said to have been obeyed and those under which it is said to have been disobeyed.« A.a.O. S. 303.

326 »Der Befehl ist ein Gegenstück zur Assertion des Satzes, und nicht zum Satz selber.« K. Opałek – Theorie der Direktiven und der Normen, S. 36.

zwei Momente gekennzeichnet: erstens das der Bestimmtheit des Wahrheitsanspruches, insofern die Aussage *als* wahr behauptet wird, und zweitens das negative Moment, daß dieser Inhalt nicht nur nicht falsch, sondern auch nicht bloß wahrscheinlich, möglich, erwägenswert etc. ist. Das Analogon auf normativer Seite muß eine vergleichbare Charakterisierung aufweisen: geeigneter Kandidat scheint mir die ›*Berufung* auf die Norm *als* geltend‹ zu sein. Damit geht einher *erstens* die ›Behauptung‹, daß die Norm gilt, aber nicht in einer deskriptiven Intention, etwa um jemanden zu informieren, sondern in einem strikt normativen Sinn. Die Berufung auf die Geltung erfolgt nämlich *zweitens*, um auf das Verhalten eines Menschen einzuwirken, wobei aber die Kompetenz als normsetzende Autorität nicht in Anspruch genommen wird oder genommen werden kann, sondern unter Ausnutzung einer bereits geltenden (oder als geltend ›behaupteten‹) Norm. Zwischen dem Satz ›Parken ist vor dem Haus verboten‹ als bloße Information über das Vorliegen einer wortgleichen Norm gebraucht und der Inanspruchnahme einer Kompetenz zur Setzung einer abgeleiteten individuellen Norm des Inhalts ›Parken ist insbesondere für Sie hier und jetzt verboten‹ gibt es die Intensitätsstufe der ›Berufung auf die Norm als geltend‹. Der Angesprochene soll nicht parken; der Satz, der dies zum Ausdruck bringt, erlangt diese Intention durch normative Referenz auf eine geltende Norm. Damit liegt eine ›normative‹ Verwendung des Satzes vor, und diese ist deutlich intensiver als das bloß neutrale empathielose In-den-Raum-Stellen als Möglichkeit und etwas anderes als eine Mitteilung über normative Tatsachen. Als Symbol für diese Intensitätsstufe des Gebotsoperators könnte ein *fettgedrucktes* Ausrufungszeichen dienen (**!**p), um zu markieren, daß es mit dem zum Ausdruck kommenden Sollen jetzt ›ernst‹ ist; es wird gewissermaßen aus der neutralen Potentialität herausgelöst und aktiviert. Der fettgedruckte Operator verbürgt freilich nicht, daß die Norm tatsächlich gilt. Genauso wie es falsche Behauptungen gibt (Irrtümer, Lügen), gibt es ungültige Berufungen auf die Geltung von Normen. Das Schema, wie mit solchen Berufungen in der Argumentation operiert wird, bleibt davon aber unberührt.

Die *intensivste* Stufe des Sollensoperators ist die Setzung der Norm (symbolisiert durch **!!**p); ›verwendet‹ wird wieder derselbe Normsatz, aber diesmal mit der Wirkung, daß eine Norm kreiert wird und fortan ›gilt‹[327]. Sucht man hier

327 Verfehlt scheint die Auffassung Opałeks, dessen Unterscheidung von »primär normativer Aussage« und »sekundär normativer Aussage« genau die hier getroffene Differenzierung zwischen ›Normsetzung‹ und ›Berufung auf die Norm als geltend‹ entwickelt; verfehlt deshalb, weil er sie als (performative) Aussage behandelt, der ein Wahrheitswert zukommt, je nach Gelingen des Sprechaktes, und nicht als Agieren mit normativer Intention. K. Opałek – Der Dualismus der Auffassung der Norm in der Rechtswissenschaft, S. 443.

nach einem Äquivalent in der Sphäre des Deskriptiven, dann ist es, wie weiter oben bemerkt, nicht die Behauptung sondern die Definition. Auch in der Fregeschen Philosophie hat die Definition eine Sonderstellung und in Konsequenz ein eigenes Zeichen: ⊩p. Die Definition schafft (analytische) Wahrheit: aus ⊩p ist ⊢p ableitbar und die Behauptung, ›daß p‹, ist selbst wahr[328]. Analog läßt sich aus **!!**p die erfolgreiche Berufbarkeit (**!**p) auf die nunmehr gesetzte und daher geltende Norm ableiten. Zusammengefaßt ergibt sich folgender Stufenbau der Operatorenwirkung:

| p | | Inhalt des (je nach Operator) Gesollten/Behaupteten ~ ›Radikal‹ |
|---|---|---|
| !p | –p | 1. Stufe: Norm unabh. von ihrer Geltung ~ unbehauptetes Urteil |
| **!**p | ⊢p | 2. Stufe: ›Berufung auf die Norm als geltend‹ ~ Behauptung |
| **!!**p | ⊩p | 3. Stufe: Normsetzung ~ Definition |

Eine solchermaßen durchgeführte Parallelkonstruktion für Aussagen und Normen eröffnet einen überraschenden interpretatorischen Blickwinkel. So bilden die definitorisch wahren Aussagen nur eine Teilmenge der wahren Aussagen insgesamt; der überwiegende Anteil dürfte auf die kontingent-wahren Aussagen entfallen, Sätze, die wahr sind, einfach weil in der Welt bestimmte Sachverhalte verwirklicht sind und andere nicht. Darüber hinaus gibt es noch die Klasse der notwendig wahren Sätze z.B. der Logik, die auf bloß definitorische Wahrheit zurückzuführen zumindest problematisch ist. Auf der präskriptiven Seite wären das Analogon zu den definitorisch wahren Aussagen die positiv gesetzten Normen; den kontingent verwirklichten Sachverhalten entspräche die Sphäre des Gewohnheitsrechts, des Brauchs und der Sitte soweit sie normative Bedeutung haben und nicht bloß faktische Regelmäßigkeit ausdrücken. Das Gegenstück zu den notwendigen Wahrheiten wären naturrechtliche und moralische Normen. Das aber hieße neben der theoretischen auch eigenständig praktische Vernunft anzuerkennen.

Verkompliziert werden die Verhältnisse für die beiden intensiveren Stufen noch dadurch, daß die Annahme zweier Modi sinnvoll erscheint, nämlich eines ›realen‹ und eines ›fiktiven‹: der Behauptung wird so die Annahme eines gleichlautenden Aussagesatzes gegenübergestellt, analog dazu dem *realen* Normsetzungsakt ein *fiktiver*, wie er in juristischen Übungen oder auf der Bühne stattfinden mag. Die Bemerkung Georg Henrik von Wrights, daß, »wenn

328 G. Frege – Begriffsschrift, S. 55 f.; ders. – Grundgesetze der Arithmetik I, S. 43 ff.; dazu M. Dummett – Frege. Philosophy of Language, S. 308.

ein Schauspieler auf der Bühne sagt ›Ich verspreche, meinen Vater zu rächen‹, nichts versprochen worden [ist]«[329], ist mit dieser Unterscheidung dahingehend zu kommentieren, daß der Schauspieler zwar tatsächlich kein reales Versprechen abgibt, sehr wohl aber ein fiktives, das nicht schlechthin *Nichts* ist, weil ohne die Möglichkeit, im ›fiktiven‹ oder ›Bühnenmodus‹ Normen zu setzen oder Versprechen abzugeben, die der selben Logik genügen müssen, wie die analogen Akte im ›realen‹ Modus, unmöglich einem Drama gefolgt oder ein Modellnormensystem studiert werden könnte[330].

Alles in allem eröffnet der semantische Normbegriff ein weites Spektrum von Fragen in einem Feld äußerst komplexer Strukturen eher, als daß er eine einfache und solide Basis für die Analyse des Rechts abgäbe. Die Ursache dafür liegt vor allem darin, daß das Absehen von den pragmatischen Funktionen der Normen eine Idealisierung darstellt nach dem Muster ›ein Satz – eine Bedeutung‹ und daß diese Idealisierung bei der Beschreibung des realen Rechts früher oder später an seine Grenzen stößt[331], wie das im übrigen auch für jede naturwissenschaftliche Theorie gilt.

c) *Pragmatischer Normbegriff.* Es bleibt hier nur Raum für eine kurze Skizze. Die Norm ist im pragmatischen Normbegriff sekundärer und abkünftiger Natur. Es wird ein Blickpunkt eingenommen, in welchem die Abstraktion eines körnigen Aufbaus des Rechts aus sprachlichen Einheiten, die zugleich Sinnträger für normativen Inhalt sind, nicht oder nur hilfsweise vollzogen wird. Im Vordergrund steht die soziale Dimension des Rechts, nicht die sprachliche. Betont wird der insgesamt institutionelle Charakter der komplexen Regelungen zur Organisation menschlichen Zusammenlebens. Die Schnittstelle zwischen dem Recht und der Sphäre des ›Politischen‹ ist damit spürbarer präsent als auf dem Abstraktionsniveau des semantischen oder gar des syntaktischen Normbegriffs. Das Maß für die Analyse der institutionellen Konzeption von Recht ist die soziale Wirkungsweise und nicht die Norm, d.h. insbesondere, daß hier rechtliche Institutionen und das Recht insgesamt nicht als Summe von Rechtsnormen aufgefaßt werden können, da diese ihre Bedeutung umgekehrt immer von dieser her erst erhalten.

---

329 G.H.v. Wright – Norm und Handlung, S. 121.

330 A. Ross – Directives and Norms, S. 14.

331 »The *semantic analysis of language* (or simply *semantics*) is he next step in the order of abstraction. Semantics studies linguistic expressions as bearers of meaning, abstracting from their actual use in particular situations. Whereas pragmatics is concerned with the use and function of linguistic tools, semantics studies these tools as such and the properties which make them fitted to specific uses. The fundamental concepts of semantics are *meaning*, *sense*, *truth*, and *falsehood*.« A. Ross, a.a.O. S. 6.

Normensysteme haben unterstützende ›lokale‹ Bedeutung zur Verdeutlichung von juristischen Argumentationsweisen zentriert um irgendeine konkrete juristische Fragestellung. Normensysteme dienen nicht der Darstellung der Totalität des Rechts. Normen haben ihren Ort überhaupt primär in der juristischen Argumentation, d.h. es interessiert der pragmatische Umgang mit ihnen, und erst in dieser Hinsicht kommen die sprachlichen Eigenschaften ins Spiel.

Beispiele für die Verwendung eines pragmatischen Normbegriffs im skizzierten Sinn mögen gefunden werden bei Hegel, bei Friedrich Carl von Savigny oder in der Freirechtsschule. Die Haltung läßt sich vielleicht in einigen Bemerkungen am Schluß des jüngst erschienenen Buches von Manuel Atienza, *El sentido del Derecho*, zusammenfassen: Atienza diagnostiziert alternativ zur normpositivistischen Auffassung vom Recht das verstärkte Auftauchen gewisser Tendenzen, darunter »die Tendenz, Normen – Regeln und Prinzipien – nicht so sehr unter dem Aspekt der logischen Struktur, sondern im Hinblick auf die Funktion, die sie in praktischen Überlegungen erfüllen, zu sehen« und weiter »die Idee, daß das Recht eine dynamische Realität sei, die nicht primär – oder nicht allein – aus einer Abfolge von Normen oder Äußerungen verschiedenen Typs bestehe, sondern vielmehr in einer komplexen sozialen Praxis, die abgesehen von Normen auch Verfahren, Werte, Handlungen und handelnde Subjekte miteinschließt«[332].

*Antagonismen in der Auffassung der Norm*

Es überrascht angesichts der vieldimensionalen Betrachtungsmöglichkeiten von Normen allein in ihrem sprachbezogenen Aspekt vielleicht weniger, daß theoretisches Einverständnis in der Konzeption des zentralen Grundbegriffs auch dort nicht zu finden ist, wo es eine zwingende Voraussetzung für die Einheit der Wissenschaftsdisziplin zu sein scheint, nämlich in der »Rechtswissenschaft, in der die Norm ein wesentlicher, wenn nicht der Hauptgegenstand der Forschung ist«[333]. In einem vielbeachteten Aufsatz aus dem Jahr 1981 widmen sich Carlos E. Alchourrón und Eugenio Bulygin einer Klassifikation grundsätzlicher Normkonzeptionen und

---

332 »La tendencia a considerar las normas – reglas y principios –, no tanto desde la perspectiva de su estructura lógica, sino a patir de la function que desempeñan en el razonamiento práctico. La idea de que el Derecho es una realidad dinámica y que consiste no tanto – o no solo – en una serie de normas o de enunciados de diversos tipos, cuanto – o también – en una práctica social compleja, que incluye, además de normas, procedimientos, valores, acciones, agentes etc.« M. Atienza – El sentido del Derecho, S. 309.

333 K. Opałek – Der Dualismus der Auffassung der Norm in der Rechtswissenschaft, S. 434.

meinen zwei Grundtypen ausfindig machen zu können, die sie als *hyletische* und *expressive* Auffassung der Norm bezeichnen.

Die *hyletische Auffassung* geht von der schon erörterten Parallelstruktur von Norm und Aussage aus und sieht in der Norm eine abstrakte Entität, die, obwohl sprachlich als Sinn eines Normsatzes ausdrückbar, prinzipiell sprachunabhängig ist[334]. Die Auffassung ist mehr oder minder deckungsgleich mit dem semantischen Normbegriff, insistiert jedoch als Besonderheit darauf, daß es vollständige Aussagesätze seien, von denen der Normsatz seinen Ausgang nehme, indem diesen den Modus des Gesolltseins beilegt werde[335]. Als Vertreter dieser Normauffassung werden Georges Kalinowski, Ota Weinberger und die Autoren selbst, soweit es ihr Buch *Normative Systems* betrifft, angeführt[336]; hinzuzuzählen ist wohl Robert Alexy.

Der zweite Grundtypus – die *expressive Auffassung* der Norm – nimmt seinen Ausgang von der präskriptiven Verwendung der Sprache, d.h. von der pragmatischen Ebene. Danach sei es jeweils der selbe Aussagesatz, der zu unterschiedlicher Verwendung herangezogen wird: als Norm, als Aussage, als Vermutung oder als Frage. Auf semantischer Ebene gäbe es diese Differenzierung nicht, sondern nur die mit einheitlichem Sinn versehene Aussage[337]. Vertreten werde diese Auffassung von der Mehrheit der Normtheoretiker, darunter Austin, Kelsen, Ross, Hare, Jørgensen, Hansson und Raz[338]. Die beiden Auffassungen sind nach Meinung der Autoren inkompatibel und mit ganz unterschiedlichen Folgen verbunden. So erlaube

334 »Para la *concepción hilética* las normas son entidades parecidas a las proposiciones, esto es, significados de ciertas expresiones, llamadas oraciones normativas. Una oración normativa es la expresión lingüística de una norma y la norma es el significado de una oración normative en el mismo sentido en que la proposición es considerada como el significado (sentido) de una oración descriptiva. […] En esta concepción las normas son inpendientes del lenguaje aunque solo pueden ser expresadas por medio del lenguaje, su existencia no depende de expresión lingüística alguna.« C.E. Alchourrón, E. Bulygin – La concepción expresiva de las normas, S. 122 f.

335 »Pero las normas no son independientes de las proposiciones descriptivas: son el resultado de una operación sobre tales proposiciones. Así en una norma, por ejemplo ›Op‹ encontramos dos componentes: una proposición descriptiva p y un operador normativo O, pertenecientes los dos al contenido conceptual de la norma.« A.a.O. S. 123.

336 A.a.O. S. 126.

337 »Para la *concepción expresiva* en cambio, las normas son el resultado del *uso prescriptivo* del lenguaje. Una oración que expresa una misma proposición puede ser usada en diferentes ocasiones para *hacer cosas* distintas: para aseverar (afirmar), interrogar, ordenar, conjeturar, etc. El resultado de esas acciones será una aserción, una pregunta, una orden o una conjetura. Sólo el nivel pragmático del uso del lenguaje surge la diferencia entre aserciones, preguntas, órdenes, etc. No hay tal diferencia en el nivel semántico.« A.a.O. S. 123.

338 A.a.O. S. 126.

die *expressive Konzeption* keine Formulierung einer Normenlogik, wohingegen die *hyletische* deren zwei kenne, eine Logik der Normen und eine der normativen Aussagen[339]. Während die *hyletische Auffassung* einen eigenen ›normativen Sinn‹ (»*sentido prescriptivo*«) annimmt, ist für die expressive das präskriptive Moment eines der Tat, das ganz im Sinne der Sprechakttheorie erst hinzutreten muß, um aus dem Rohmaterial ›Aussagesatz‹ eine Norm zu generieren. Dieses präskriptive Moment ist nicht Teil der Semantik.

Die geschilderten ›Grundtypen‹ stellen nun weniger eine abschließende Klasseneinteilung aller Normtheorien dar, als extrem zugespitzte Projektionen in Relation zu den semiotischen bzw. linguistischen Abstraktionsebenen. Es verstärkt sich aber nach der oben erörterten Verschränkung dieser Ebenen gerade im Hinblick auf normative Phänomene der Eindruck, daß je mehr getrachtet wird, eine scharfe Trennung dieser Ebenen voneinander zu realisieren, desto mehr gewisse essentielle Züge der Norm der Abstraktion zum Opfer fallen. Weiters ist zu kritisieren, daß als Argument von Sollens- bzw. Behauptungsoperatoren offenbar von Aussagen bzw. Aussagesätzen ausgegangen wird, womit hinter den Stand der Diskussion bei KALINOWSKI oder KEUTH zurückgefallen wird, die klargelegt haben, daß es keineswegs vollständige Aussagesätze sein können, die als Argument dienen, sondern allenfalls unselbständige Elemente (Satzradikale, Leitthemen o.ä.). Darüber hinaus lassen sich Gegenbeispiele zum Parallelismus von Aussagen, Normen, Fragen etc. konstruieren, wie dies z.B. durch OTA WEINBERGER geschehen ist, der einwendet, daß es für den Fragesätze des Typs ›Wer hat es getan?‹ keinen ›parallelen‹ Aussagesatz gibt, der mittels Operator in eine Frage sich verwandeln ließe[340]. Die Schwäche der Typisierung führt zu Verwicklungen in der Kritik, weil Argumente gegen diese sich schwer von jenen auseinanderhalten lassen, die die unterschiedenen Positionen selbst angreifen.

Gegen die *hyletische* Auffassung läßt sich u.a. einwenden, daß sie die pragmatische Sprachebene unzulässigerweise vernachlässigt, gegen die *expressive* umgekehrt, daß die Pragmatik in ihr zu dominant wird. So sind es keineswegs immer Aussagesätze, mit denen im normativen Sprechakt ›etwas gemacht‹ wird. Der Sinn des Satzes ›Peter spielt den König‹ ist unter den geeigneten Umständen (z.B. als Satz des rollenverteilenden Lehrers im Vorfeld einer Schulaufführung) keine Aussage, sondern eine Norm (oder eine andere Direktive, z.B. ein Wunsch). Aussage ist er allenfalls der

339 A.a.O.

340 »The proposed theory is unsatisfactory for another reason as well, namely for the reason that it is in principle incapable of explaining the meanings of very important types of sentences; e.g., questions of the type ›Who did it?‹, as there is no proposition corresponding to this question.« O. Weinberger – The Expressive Conception of Norms, S. 175.

Form nach, was aber nicht mehr heißen soll, als daß derartige indikativische Sätze gewöhnlich zur Formulierung von Aussagen herangezogen werden. Der Sinn des Satzes im Prozeß seiner Formulierung und der Bildung des Gedankens war nie der einer Aussage, die es in einem weiteren Schritt erst in etwas Normatives zu transformieren gälte, sondern von Anfang an auf ein Sollen gerichtet. Darum ist es sinnvoll – auch theoretisch –, eine Abstraktionsebene zuzulassen, die die Differenzierung zwischen dem, was Peter tut, und dem, was er tun soll, auf der Ebene des Sinnes erlaubt. Andernfalls wäre eine ›neutrale Verwendung‹ des Gedankens ohne dabei vollzogene Normierung, Behauptung oder zumindest innere Stellungnahme zur Geltung oder Wahrheit, nicht möglich. Daß aber mit derartigen neutralen Satzschablonen als Träger eines präskriptiven Sinnes operiert wird, belegt die Möglichkeit von so etwas wie dem ›Fassen eines normativen Gedankens‹. Jedoch welchen Sinn ein gegebener Satz hat, ist oftmals ohne Rekurs auf die pragmatische Ebene nicht zu sagen, bleibt unentscheidbar, weil die bloße Form in der Ambiguität verharrt[341]. Mit derselben syntaktischen Kombination von Zeichen läßt sich in verschiedener Weise Sinn verbinden – das ist für alle nichtformalen Sprachen eine Binsenweisheit. Die Klärung, welcher im konkreten Fall nun tatsächlich gemeint sei, kann nur aus dem pragmatischen Umfeld abgeleitet werden, wobei man schon »zufrieden sein [muß], wenn nur in demselben Zusammenhange, dasselbe Wort immer denselben Sinn hat«[342]. Die *hyletische* Auffassung ist zu abstrakt, weil die Mehrdeutigkeit von Normsätzen und Aussagesätzen in ihr nicht auflösbar ist; aus der Ambiguität den Schluß zu ziehen, es gäbe auf semantischer Ebene überhaupt keine normativen Sätze, keinen normativen ›Sinn‹, ist umgekehrt der Kardinalfehler der *expressiven* Auffassung. Überwunden werden kann die Problematik durch Einnahme eines Standpunkts, der – wie dies übrigens auch in der reinen Informationstheorie geschehen ist[343] – eine *semanto-pragmatische Verschränkung* anerkennt. Das anzuerkennen heißt nichts anderes, als sich der Grenzen der Theorie bewußt zu werden. Ähnliche Abgrenzungsprobleme gibt es übrigens auch im Verhältnis von Syntax und Semantik. Ganz abstrakt betrachtet (wie in formalen Sprachen) lassen sich auf syntaktischer Ebene nur wohldefinierte und nichtwohldefinierte Ausdrücke unterscheiden. Jede syntaktische Variation eines Ausdrucks führt entweder aus der Menge der wohldefinierten Ausdrücke heraus oder erzeugt wieder einen zulässigen Ausdruck. Die Frage, was ein Syntaxfehler ist, ist

341 Dazu K. Opałek – Theorie der Direktiven und der Normen, S. 21, mit dem Ergebnis, »daß die Analyse der Direktiven auf der Stufe der linguistischen Pragmatik unzureichend ist, da sie bestimmte Lösungen auf der Stufe der Semantik voraussetzt.« A.a.O. S. 22.

342 G. Frege – Über Sinn und Bedeutung, S. 42.

343 Siehe H. Lyre – Informationstheorie, S. 20.

damit erledigt. Jedoch läßt sich die Frage, was ein Syntaxfehler ist, auch relativ zur semantischen Ebene stellen. Wer beim Erlernen einer Sprache Zeichen (Wörter) so gebraucht, daß kein wohldefinierter Ausdruck zustande kommt, begeht einen Syntaxfehler. Mit einem solchen Ausdruck ist dann zwar ein intendierter, aber, bedingt durch den Fehler in der Zeichenkombination, kein realisierter Sinn verbunden. Ist jedoch der irrtümlich gebildete Ausdruck zufällig selbst wieder ein wohldefinierter und mit Sinn verknüpfter Ausdruck, aber eben einem anderen Sinn als dem intendierten, dann liegt der Fehler trotzdem auf der Ebene der Syntax (es wurden Zeichen falsch verwendet), und es würde die Situation nicht korrekt treffen, zu sagen, der Sprecher hätte sich im Sinn geirrt. Er hat sich in der Handhabung der Zeichen geirrt und darum liegt ein Syntaxfehler vor, aber relativ zu einem bestimmten Sinn, der vielleicht durch verschiedene syntaktische Repräsentationen ausdrückbar ist, aber eben nicht durch die vom Lernenden gewählte. Diese Konstellation ist für das Erlernen einer Fremdsprache auch die schwierigste, weil der Fehler u.U. gar nicht bemerkt wird: es wird nicht – wie bei einem ins Leere führenden Syntaxfehler – einfach nichts gesagt oder etwas offensichtlich Fehlerhaftes, sondern eben etwas anderes, als beabsichtigt.

Die *conclusio* aus diesen Überlegungen sei die Einsicht, daß für eine sprachbezogene Ontologie der Norm diese nicht einfach in einem Verweis auf die Semantik oder die Pragmatik allein bestehen kann, denn Normen sind (1) komplexe sprachliche Phänomene, die zwischen den Abstraktionsebenen eher vermitteln, als daß sie auf eine derselben reduzierbar wären; Normen weisen (2) außersprachliche Bezüge auf (als soziale oder als willensbezogene Phänomene), die bezeichnenderweise gerade mittels der Sprache (Sprechakte) hergestellt werden.

Letzteres führt ein Stück weiter in die Antagonismen in der Normauffassung zu einer Kritik Kazimierz Opałeks, die den linguistischen Zugang zur Norm überhaupt als unzureichend verwirft: der linguistischen Konzeption (die alle zuletzt besprochenen Varianten in sich begreift) sei zur Vermeidung von Fehlern und Ungereimtheiten eine nichtlinguistische vorzuziehen[344]. Seine Kritik wendet sich gegen die »Ansicht, die Normen seien Sprechakte und die Beziehungen der Normgeber und Normadressaten bestünden einfach in Kommunikationsprozessen«[345]. Opałek radi-

344 »Abgesehen davon, daß die Norm als Aussage von dem syntaktischen, semantischen und pragmatischen Standpunkt verschiedentlich charakterisiert werden kann, und daß die Norm als Faktum mit verschiedenartigen Tatsachen identifiziert wird, begegnen wir einer grundsätzlichen Opposition der linguistischen und der nicht-linguistischen Konzeption der Norm.« K. Opałek – Der Dualismus in der Auffassung der Norm in der Rechtswissenschaft, S. 433.

345 A.a.O. S. 445.

kalisiert seine schon in der *Theorie der Direktiven und der Normen* geäußerte Vorliebe für subjektiv-psychische Deutungen der Norm[346] so weit, daß er alle ›objektiven‹ Deutungen, seien es nun die Anknüpfung an Sprache, faktische Regelmäßigkeit oder ideelle Sphäre des Sollens, verwirft und etwas radikal Anderes als ontologische Basis der Norm annimmt. Dieses radikal Andere findet er in der Dezision. Die normative Dezision als Kern der »nicht-linguistischen Konzeption der Norm« manifestiert sich in dreierlei Weise: (1) als Normsetzungsakt (d.i. »eine psycho-physische Handlung irgend jemandes«[347]), (2) als Produkt dieses Normsetzungsaktes (d.h. als »Dezision irgend jemandes«[348]) und (3) als normative Aussage, die als performative Aussage verstanden wird, d.h. als sprachlich vernehmbare Seite des Dezisionsaktes[349]. Die Konzeption richtet sich ausdrücklich gegen die expressive Auffassung der Norm als Sprechakt, kritisiert sie aber nicht von der Semantik aus, sondern gewissermaßen von der anderen Seite her: »Die Zurückführung der Existenz der Norm auf die Existenz des Sprechaktes […] ist jedoch unhaltbar. Die Norm hat […] die Eigenschaften des Erlassenwerdens, des in Kraftseins und des Befolgtwerdens. Ein bloßer Sprechakt hat diese Eigenschaften nicht«[350]. Die Differenzen zu ›linguistischen Konzeptionen‹ berühren trotz der adaptierten Übernahme von Elementen der Sprechakttheorie John L. Austins durch Opałek alle drei Momente: am Normsetzungsakt wird vor allem seine psychische ›Innenseite‹ betont – der Wille als inneres Erlebnis ist kein sprachliches Phänomen; das ›Produkt‹ wird als Dezision charakterisiert und ist damit deutlich etwas anderes als der ›Sinn eines (Norm-)Satzes‹; die normative Aussage zuletzt ist deskriptiv zu verstehen, also als wahr oder falsch qualifizierbar, und bietet schon deshalb keinen Raum für eine eigene Logik der Normen. Eine Logik der Normen wurde schon für die expressive Auffassung der Norm verneint, umso mehr hat dies für eine dezisionistische Verschärfung zu gelten. Die Anknüpfung an den psychi-

346 »Im Laufe der bisherigen Überlegungen wurden die ›objektiven‹ Konzeptionen der Existenz von Normen als ›sprachlich-logische Objekte‹, als ideell-normative Zustände‹ und als Regularitäten bzw. Regelmäßigkeiten bestimmter psycho-sozialer Vorgänge abgelehnt. […] Die Regularität, bzw. Regelmäßigkeit des Bestehens bestimmter psychosozialer Vorgänge [kann] der Existenz von Normen nicht gleichgestellt werden, da Regularität und Regelmäßigkeit die Forderung, das Gesolltsein des Verhaltens nicht enthalten. Dieses Element des Gesolltseins kann empirisch nur in psychischen Vorgängen bestimmter Arten festgestellt werden. Demgemäß wird hier generell die ›subjektive‹ Konzeption angenommen.« K. Opałek – Theorie der Direktiven und der Normen, S. 148.

347 K. Opałek – Der Dualismus in der Auffassung der Norm in der Rechtswissenschaft, S. 443.

348 A.a.O.

349 Die Konzeption will von Opałek dennoch nicht als Befehlstheorie des Rechts mißverstanden werden, a.a.O. S. 446.

350 A.a.O. S. 442.

schen Willensakt der Dezision liegt ganz auf einer Linie mit der Normkonzeption beim späten Kelsen, der die Möglichkeit normenlogischen Folgerns ebenfalls zurückweist[351] mit dem Hinweis, daß abgeleitete Normen, um als Normen Existenz zu haben, stets eines expliziten normsetzenden Willens bedürfen. Auch hierin ist eine Radikalisierung von älteren Aspekten zu sehen, die schon in der *Reinen Rechtslehre* vorhanden waren (Kelsen spricht von der Norm als Sinn eines Willensaktes[352]), die den dort dominierenden Normativismus (i.S. eines Vorranges der reinen von Empirischem unberührten Sphäre des Sollens) in eine Spielart des Dezisionismus umschlagen läßt[353].

Der skizzierte Antagonismus von linguistischer und nichtlinguistischer Konzeption der Norm gilt nicht allen Theoretikern als unüberwindlich, darunter Ota Weinberger, der eine Doppelstellung der Norm vertritt, als ideeller und damit sprachbezogener Gedanke und als psychische bzw. soziale Realität, wobei nicht so sehr der Wille des Normsetzers hervorgehoben wird, sondern umgekehrt »ein Sollerlebnis, das Bewußtsein, daß etwas gesollt ist«[354] auf der Rezipientenseite der Normen als konstitutiv für die ›Realität‹ der Norm gesehen wird. Die psychische Manifestation dieser Realität steht neben einer sozialen als »das gesellschaftliche Realsein der Norm«, das sich in der Tatsache zeigt, »daß normgemäßes und normwidriges Verhalten positive und negative gesellschaftliche Folgen zeitigt«[355]. Die Bruchlinie, durch die Opałek so sehr zu entschiedener Stellungnahme sich veranlaßt sieht, wird so mehr verdeckt und ist nicht mehr als der Versuch, der Vieldeutigkeit des Normbegriffs, der Begriff und Gegenstand unterschiedlichster Disziplinen, von der Sprachwissenschaft bis zu Soziologie, ist, Kohärenz zu verleihen.

---

351 H. Kelsen – Allgemeine Theorie der Normen; O. Weinberger – Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik, S. 32 ff.; siehe auch R. Walter – Das Problem des ›normativen Syllogismus‹ in Kelsens ›Allgemeiner Theorie der Normen‹.

352 H. Kelsen – Reine Rechtslehre, S. 4 f. Dazu O. Weinberger, a.a.O. S. 36 ff.

353 Zum begrifflichen Gegensatz von Normativismus und Dezisionismus C. Schmitt – Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens; zum Dezisionismus Opałeks T. Gizbert-Studnicki – The Non-Linguistic Concept of Norm and Ontology, der anmerkt, mit dem Hinweis, Normen seien Dezisionen, sei das ontologische Problem im Grunde nur verschoben: »If norms are characterised as decisions the Question of the ontological status of a norm remains still open. […] The question arises of how decisions exist, separately from acts of deciding.« A.a.O. S. 433.

354 O. Weinberger – Die Norm als Gedanke und Realität, S. 210.

355 A.a.O. S. 211.

## (3) Das Recht als System bedingter Normen (Rechtsregeln)

### *Die Verknüpfung von System- und Normbegriff*

Die beiden zunächst herauspräparierten Aspekte des Rechts im modernen Verständnis, *System* zu sein, respektive *Norm* zu sein, liefern in ihrem Zusammenspiel die basale Struktur zur Beschreibung von Aufbau und Dynamik des Rechts, und die gegenwärtig vertretenen Rechtstheorien machen sich überwiegend das damit verbundene begriffliche Instrumentarium zunutze. Für die traditionellen rechtspositivistischen Theorien scheint dieser Befund, genetisch betrachtet, auch nur das verständliche Ergebnis der Anwendung strenger analytischer Methodik zu sein, aber als beschreibendes kategoriales System ist das Normensystemdenken auch mit Naturrechtskonzeptionen verträglich, umso eher, soweit jene sich selbst nur noch in der Rolle des Korrektors gewisser als bedenklich eingestufter Konsequenzen des Rechtspositivismus sehen[356]. Der Kombination von *System* und *Norm* ist allerdings seit einigen Jahrzehnten in der Systemtheorie ein konzeptioneller Konkurrent erwachsen, der auf die Verknüpfung von *System* und *Kommunikation* setzt und die Norm als (relativ bedeutungsloses) Produkt des Rechtssystems ansieht und als rechtstheoretische Basiskategorie für überflüssig hält[357].

Recht als *System von Rechtsregeln* zu konzipieren erfordert zunächst eine Spezifizierung des zugrundegelegten Regelbegriffs und das führt zu einer Gruppe wichtiger Differenzierungen in der Struktur des Normbegriffs. Eine Unterscheidung, die zwischen *individuellen* und *generellen* Normen, orientiert sich am Normadressaten, je nachdem, ob die Norm an einen Einzelnen oder an eine unbestimmte Personengruppe gerichtet ist, eine andere, die in *bedingte* und *unbedingte* Normen, differenziert danach, ob ein Sollen vorliegt, das schlechthin gilt, oder ob es von (normativen und tatsächlichen) Voraussetzungen abhängt[358]. Die ›Rechtsregel‹ als prototypisches Element von Rechtssystemen läßt sich als Schnittmenge auffassen, als *bedingte generelle Norm*[359]. Individuelle Normen gehören nicht zum Begriff der Rechtsregel,

---

356 Als Beispiel G. Radbruch – Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht.

357 Vgl. Luhmanns Kritik am Normbegriff und dessen nichtpräskriptiven Gegenbegriff: N. Luhmann – Die Funktion des Rechts, S. 77 ff.; ders. – Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft, S. 115 ff.; Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang, S. 210 ff.; ders. – Evolution des Rechts, S. 8.; ders. – Die Einheit des Rechtssystems, S. 138 ff.; ders. – Rechtssoziologie, S. 41 ff. Zu Luhmann siehe unten Kapitel 10, Unterkapitel *Theorieangebote an die Rechtsgeschichte: Luhmann, Hayek, Hart.*

358 Zur Matrix der sich daraus ergebenden Kombinationen P. Koller – Theorie des Rechts, S. 75.

359 »Die Rechtsregel ist […] durch folgende Momente charakterisiert: (1) sie ist ein Normsatz, (2) sie drückt ein bedingtes Sollen aus, (3) sie ist generell adressiert.« O. Weinberger – Norm und Institution,

weil hier, beziehen sie sich doch auf Einzelfälle, ›in der Regel‹ die Wiederholbarkeit fehlt, die es rechtfertigen würde, von einer Regel zu sprechen. Genaugenommen ist also nicht der Umstand, daß die Norm an einen einzelnen adressiert ist, sondern das Fehlen repetitiver Anwendungsmöglichkeit das entscheidende Kriterium, nicht von einer Rechtsregel zu sprechen. Die Rechtsregel als bedingt anzusehen wiederum reflektiert den Umstand, daß unbedingte Normen im Recht selten sind. Die Struktur des generellen Bedingungsnormsatzes spiegelt im Ergebnis nichts weiter als die altbekannte Verknüpfung von ›Tatbestand‹ und ›Rechtsfolge‹, die als juristische Technik Rechtstexte seit der altrömischen XII-Tafelzeit prägt. Vorgeschlagen wurde deshalb folgendes Schema:

$$(x)\ (Tx \rightarrow\ !Rx)$$

»Für jede Person x gilt: Wenn Person x den Tatbestand T (die Tatbestandsbedingungen $B_1, \ldots, B_n$) erfüllt, dann soll die Rechtsfolge R eintreten«[360].

Die idealtypische Strafrechtsnorm hat diese Form und ist nicht zuletzt deshalb in der Rechtstheorie beliebte Beispielsnorm. Im Strafrecht hat der bedingende Teil der Norm die Struktur hintereinandergeschalteter Filter (Tatbestandsmäßigkeit, Rechtwidrigkeit, Schuld, Strafbarkeit etc.[361]), mit Elementen, die sich wegen regelmäßiger Wiederkehr in den einzelnen Straftatbeständen gesetzestechnisch in einen eigenen ›Allgemeinen Teil‹ zusammenfassen und auslagern lassen. Strukturell bedeutet das die Gliederung der bedingten Norm in einen *deskriptiven* Part, der die Voraussetzungen umfaßt, und einen *präskriptiven*, der die ›Rechtsfolge‹ normiert, in der Strafnorm typischerweise die Sanktion[362]. Der präskriptive Anteil ist es, der aus der Rechtsregel insgesamt einen praktischen Satz macht und damit von einer bloßen konstativen Regelmäßigkeit unterscheidet[363].

Die Idee, in einer Norm *alle* notwendigen Voraussetzungen für das Eintreten der Rechtsfolge im deskriptiven Part zusammenzufassen, führt zu einem Grundsatz-

---

S. 87. Weinberger spricht vom generellen Bedingungsnormsatz als dem »Grundschema der Rechtsregel«, a.a.O.

360 P. Koller – Theorie des Rechts, S. 79.

361 Vorbildlich vorexerziert z.B. in O. Triffterer – Österreichisches Strafrecht.

362 »Jede bedingte Norm besteht also aus zwei Bestandteilen: einem *bedingenden* Teil (dem *Wenn*-Teil), der die Bedingungen festhält, unter denen ein Sachverhalt geboten, verboten oder erlaubt ist, und einem *bedingten* Teil (dem *Dann*-Teil), der zum Ausdruck bringt, welcher Sachverhalt unter den betreffenden Bedingungen geboten, verboten oder erlaubt ist. Der Wenn-Teil ist in der Regel ein *beschreibender* Satz […]« P. Koller – Theorie des Rechts, S. 74.

363 Vgl. H.L.A. Hart – The Concept of Law, S. 9 ff.

problem in der Deutung des Normbegriffs und darüber hinaus der Gliederung von Rechtssystemen. Versteht man die Rechtsregel so, daß sämtliche Voraussetzungen (Bedingungen) in ihr kumulativ zusammengefaßt sind, dann werden Normen in modernen Rechtssystemen zu ziemlich monströsen und unpraktikablen Gebilden: nicht nur die materiellen Voraussetzungen sind nämlich einzubeziehen, sondern ebenfalls das Verfahrens- und Organisationsrecht und die Normerzeugungsnormen der Verfassung, sowie die Voraussetzung, daß die dort vorgesehenen Normsetzungsakte auch tatsächlich vollzogen wurden, sowie zuletzt auch die Grundnorm. Hans Kelsen verwendet diesen Normbegriff neben jenem, der, von der Vollständigkeit absehend, auch Teilelemente als Normen auffaßt, jedoch um den Aspekt verschärft, daß bei ihm jede Norm zwangsanordnend ist, nicht nur die Strafrechtsnorm im engeren Sinn. Die Richtung, in welche sich ein vollständiger Normbegriff entfalten muß, sei an einem von Kelsen gegebenen Beispiel verdeutlicht:

> »Ein – noch immer sehr vereinfachter – Strafrechtssatz muß etwa in folgender Weise formuliert werden: Wenn ein Individuum ein in einer generellen Rechtsnorm bestimmtes Delikt begangen hat, dann soll ein in einer Rechtsnorm bestimmtes Organ (ein Gericht) in einem in einer generellen Rechtsnorm bestimmten Verfahren eine in der ersterwähnten generellen Rechtsnorm bestimmte Sanktion anordnen. Später werden wir sehen, daß eine noch kompliziertere Formulierung nötig ist, nämlich die: Wenn ein Organ, dessen Bestellung in einer generellen Rechtsnorm bestimmt ist, in einem durch eine generelle Rechtsnorm bestimmten Verfahren festgestellt hat, daß ein Tatbestand vorliegt, an den eine generelle Rechtsnorm eine bestimmte Sanktion knüpft, dann soll dieses Organ in dem von einer generellen Norm bestimmten Verfahren eine in der vorerwähnten generellen Rechtsnorm bestimmte Sanktion anordnen.«[364]

Ein anderes skizzenhaftes Beispiel führt Robert Walter an, der im Anschluß an Kelsen die beiden Normdeutungen als dynamisch und statisch bezeichnet[365]:

> »Andeutungsweise müßte daher eine Strafrechtsnorm vorläufig wie folgt formuliert werden: Wenn jemand stiehlt und wenn ein bestimmtes hiezu nach bestimmten Vorschriften bestelltes Staatsorgan in bestimmter Art Anklage erhebt, und wenn weiters ein nach

364 H. Kelsen – Reine Rechtslehre, S. 237.

365 Bedauerlicherweise hat vier Jahre vor Robert Walters *Aufbau der Rechtsordnung* Joseph Raz in *The Concept of a Legal System*, auf das Walter nicht eingeht, sich zur genau entgegengesetzten Terminologie entschlossen und die vollständige Norm, die Walter dynamisch nennt, als *static norm* und die gewöhnliche einen Teilaspekt herausgreifende, die Walter statisch nennt, als *dynamic norm* bezeichnet.

bestimmten Verfahren bestelltes Staatsorgan in einem bestimmten Verfahren eine Freiheitsstrafe anordnet (Tatbestand), so soll dem Dieb die Freiheit auf die angeordnete Zeit in bestimmter Art und Weise entzogen werden. Aber damit ist es noch nicht getan. Auch das *Verfassungsrecht* muß als Bestandteil in alle Normen einbezogen werden, ist es doch Voraussetzung der nach ihm erzeugten Vorschriften und damit auch letztlich Voraussetzung des Zwangsaktes.«[366]

Die Formulierung muß in letzter Konsequenz, will sie wirklich vollständig sein und alle Bedingungen in sich aufnehmen, die gesamte Kette der Ermächtigungen und faktischen Setzungen umfassen, d.h. – denkt man noch einen Schritt weiter und bleibt im Kontext der *Reinen Rechtslehre* – auch die Grundnorm noch miteinbeziehen; nach Joseph Raz führt das zur Form: »If (according to the basic norm) the so and so has power to make the first constitution […] then a sanction ought to be applied«[367]. Der Konzeption der vollständigen Normen korrespondiert ein strahlenförmiges Modell der Gliederung mit der Grundnorm als gemeinsamem ›Angelpunkt‹ aller vollständigen zu einem Rechtssystem gehörenden Rechtsregeln[368]. Das ist das entgegengesetzte Konzept zu dem der Teilnormen, das Grundlage der bekannten Stufenbauvorstellung des Rechtssystems[369] mit der Grundnorm als ›Schlußstein‹ ist.

Die Frage der Vollständigkeit der Rechtsregel betrifft also eigentlich weniger die Struktur der Norm, als die nach der Gliederung des Rechtssystems als ganzem, von Joseph Raz eingehend analysiert und als »the problem of individuation of laws« bezeichnet[370]. Die vollständige Norm kann in Analogie zur Diagonalisierung von Matrizen in der linearen Algebra als Eigenwertproblem verstanden werden. Das Rechtsmaterial wird in eine systematische Form gebracht, in der die Elemente (abgesehen von der Verknüpfung durch die gemeinsame Grundnorm) voneinander unabhängig

366 R. Walter – Der Aufbau der Rechtsordnung, S. 18.

367 J. Raz – The Concept of a Legal System, S. 114.

368 »This basic segment is part of the content of all the norms of one system. Thus, if the basic norm is accepted, there is one common relation between norms – all the norms of one system are partly identical, they all have one segment in common.« A.a.O.

369 A. Merkl – Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus; ders. – Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff; dazu P. Koller – Meilensteine des Rechtspositivismus im 20. Jahrhundert, S. 147 ff.

370 J. Raz, a.a.O. S. 70 ff.; ähnlich Jan-Reinard Sieckmann: »Die Struktur des Regelmodells ergibt sich aus den Beziehungen, die zwischen den Regeln des Rechtssystems bestehen. Diese Beziehungen hängen davon ab, was als eine selbständige Norm angesehen wird, also von den Kriterien für die Individuation von Normen.« J.-R. Sieckmann – Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, S. 91.

werden (›Eigendarstellung‹ des Rechtssystems)[371]. Die Rechtsregeln, die hier als Elemente fungieren, sind eben jene vollständigen Normen, die für jede Rechtsfolge die Gesamtheit aller Prämissen umfassen und die deshalb Eigennormen des Systems genannt werden können. Jede andere Gliederung als die in Eigennormen muß, da sie im Verhältnis zu vollständigen Normen mit Teilnormen bzw. Normteilen operiert, die normlogische Wechselwirkung zwischen diesen Segmenten beachten (z.B. ein mögliches Regel-Ausnahmeverhältnis[372] oder die Wirkung unselbständiger Normen, Definitionen und Derogationsbeziehungen).

Die Eigendarstellung eines Rechtssystems mittels vollständiger Normen bzw. Eigennormen ist unter allen Darstellungen auch im Hinblick auf die Anwendung ausgezeichnet, insofern in ihr jener einfache Subsumtionsbegriff anwendbar ist, der aus der bedingten Norm in Verbindung mit dem Vorliegen eines passenden Tatsachenkomplexes den Schluß auf die normierte Rechtsfolge zuläßt. Dieser Schluß hat die Form einer normenlogischen Abtrennungsregel:

» (1) Für jede Person x: Wenn Person x den Tatbestand T erfüllt, dann soll für x die Rechtsfolge R eintreten

(2) Person $x_i$ erfüllt den Tatbestand T

---

(3) Für Person $x_i$ soll Rechtsfolge R eintreten«[373]

Da in jeder Eigennorm des Systems *alle* Prämissen taxativ enthalten sind, deren Vorliegen für das Eintreten *einer* bestimmten Rechtsfolge notwendig und hinreichend sind – von den verfassungsrechtlichen Grundlagen über die einfachgesetzlichen materell- wie verfahrensrechtlichen Voraussetzungen bis hin zu allfälligen rechtlichen

---

371 Joseph Raz behandelt das Eigenwertproblem auf der Ebene der »normative statements«, die Rechtssysteme beschreiben. Unter den vollständigen Beschreibungen sind die sog. ›Eigenbeschreibungen‹ *(proper descriptions)* ausgezeichnet, in denen – hier zeigt sich die Analogie zur Mathematik besonders deutlich – jeder normativen Aussage genau eine vollständige Norm entspricht: »A statement is a (legal) normative statement if, and only if, the existance of a (legal) norm is a necessary condition for its truth. […] The set of all the pure statements refering to one legal system completely describes that system. […] A complete description of a system is its proper description if, and only if, every statement in it completely describes exactly one law of the system, and there are no two statements in the description which describe the same law.« J. Raz, a.a.O. S. 49 f.

372 Zur Regelung dieses Verhältnisses, das an die Stelle schlichten Normwiderspruchs tritt, werden z.B. von Sieckmann Vorrangregeln angenommen, in denen er eine »spezielle Klasse von Geltungsnormen« sieht (J.-R. Sieckmann – Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems S. 92).

373 P. Koller – Theorie des Rechts, S. 81; vgl. O. Weinberger – Norm und Institution, S. 69 f.; R. Alexy – Theorie der juristischen Argumentation, S. 274.

und faktischen Randbedingungen –, bedeutet die ›Anwendung des Rechtssystems als ganzem‹ auf einen bestimmten Sachverhalt, daß geprüft wird, ob durch den Sachverhalt die Gesamtheit der Prämissen einer oder mehrerer vollständiger Rechtsregeln erfüllt werden, zutreffendenfalls auf die präskriptive Folge (Rechtsfolge) geschlossen werden kann. In jeder Nichteigendarstellung umfassen die Normen mehr oder minder große Teilbereiche des Rechtsmaterials, aber auch nur Teile von Eigennormen[374], so daß das Subsumtionsverfahren komplexere Gestalt annehmen muß, da der isolierte Schluß aus einer Norm auch bei Erfüllung aller in ihr enthaltenen Prämissen ohne die Berücksichtigung aller in Zusammenhang stehenden Normen des Systems im allgemeinen falsch sein kann. Dem eigentlichen juristischen Syllogismus muß ein Prozeß der ›Fallnormbildung‹ vorausgehen, der eine normenlogische Synopse aller relevanten Rechtsregeln für einen gegebenen Sachverhalt miteinschließt[375]. Das Ergebnis einer solchen Fallnormbildung kann (muß aber nicht zwangsläufig) die Herausarbeitung einer Eigennorm des Systems sein. Charakteristisches Merkmal für diese Problemsicht ist die begriffliche Unterscheidung von Rechtssystem und Rechtsvorschriften. Diese Begriffe stehen in einem Spannungsverhältnis, weil es vom eingenommenen rechtstheoretischen Standpunkt abhängt, wie weit sie sich voneinander unterscheiden. So kann (1) davon ausgegangen werden, die Rechtsvorschriften, d.h. die aus den von der normsetzenden Instanz getätigten Normsetzungsakten resultierenden Normen bilden, so wie sie vorliegen, samt ihren logischen Folgen[376] als solche ein System (wie z.B. im *rex-dixit*-Modell von Alchourrón und Bulygin[377]) – einer von außen noch hinzutretenden Systematisierungsleistung bedarf es dann nicht, diese wäre allenfalls eine Umformung des Systems in eine andere normativ gleichwertige Darstellung. Es kann jedoch (2) auch angenommen werden, daß erst der interpretierende Umgang mit den Rechtsvorschriften aus diesen ein System

374 R. Walter – Der Aufbau der Rechtsordnung, S. 46 f.

375 »Bevor man überhaupt daran denken kann, einen konkreten Sachverhalt rechtlich zu beurteilen, muß man erstens einmal die *Rechtsvorschriften* kennen. [...] Es genügt aber nicht, die relevanten Rechtsregeln bloß aufzuzählen, sondern man muß zweitens auch den *Zusammenhang* kennen, in dem sie zueinander stehen. Die Rechtsordnung bildet ja ein komplexes Geflecht von Normen, deren Zusammenhänge oft ziemlich verwickelt sind.« P. Koller, a.a.O. S. 186; vgl. W. Fikentscher – Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung Bd. IV, S. 184.

376 Ota Weinberger definiert Recht als ein »System von normativen Regeln *und deren logischen Folgen*«, O. Weinberger – Norm und Institution, S. 88 (Hervorhebung nicht im Original). Diese Definition enthält bereits eine entschiedene rechtstheoretische Positionsnahme im gerade behandelten Problemkreis. Die logischen Folgen sind selbst Teil des Systems und nicht etwa Ergebnis einer Anwendung des Systems.

377 C.E. Alchourrón, E. Bulygin – La concepción expresiva de las normas, S. 128 ff.; ergänzend dies. – Fundamentos pragmáticos para una lógica de normas.

macht (z.B. Aulis Aarnio[378]). Zuletzt ist (3) die extreme Position Kelsens in dieser Frage zu nennen, die in Anlehnung an Kant von einer quasitranszendentalen Synthesis des Mannigfaltigen[379] des normativen Materials der Rechtsvorschriften ausgeht, in der es Leistung des erkennenden Subjekts ist, mittels ›vorauszusetzender‹ Grundnorm[380] ein widerspruchsfreies Normensystem und auch noch dessen Identität zu konstituieren[381].

Trotz der natürlichen Verbundenheit mit dem klassischen juristischen Subsumtionsbegriff hat die Eigendarstellung des Rechtssystems mittels vollständiger Normen gravierende Nachteile: (1) die schon angesprochene Unförmigkeit und Unüberschaubarkeit dieser Normen in Normensystemen mit für moderne Verhältnisse angemessener Komplexität; (2) die erhebliche Distanz zum Normbegriff des *common sense*, der von unmittelbar den Rechtsvorschriften zu entnehmenden Normsätzen, oder doch von in geringem Umfang Rechtsvorschriften integrierenden Normen ausgeht, was einer wohl jedem Juristen inhärenten Tendenz zur Begriffsjurisprudenz entspricht. (3) – was am meisten wiegt – besteht eine von Joseph Raz nachgewiesene Unzulänglichkeit in der Unfähigkeit, reine Kompetenznormen, auf deren Grundlage (noch) keine Norm erlassen worden ist, durch Eigennormen darzustellen, denn solange die übertragene Ermächtigung nicht ausgeübt wurde, gibt es jenen präskriptiv-bedingten Teil noch nicht, dessen Voraussetzungen in einer vollständigen Norm zusammengefaßt werden; reine Kompetenznormen hängen gewissermaßen in der Luft.

In der Eigendarstellung eines Normensystems wird die gesamte Struktur des Rechts in die Normen verlegt. Zwischen den Normen bestehen keine Beziehungen außer der, zum selben Normensystem zu gehören. Verwirft man diese extreme Gliederung wegen ihrer Unpraktikabilität, bleibt die Frage offen, welche Darstel-

378 »In einigen sehr klaren und einfachen Fällen wird durch den Satz des Gesetzestextes die Norm direkt ausgedrückt.« A. Aarnio – Denkweisen der Rechtswissenschaft, S. 47; das ist aber offenbar die Ausnahme. Allgemein geht Aarnio von der Nichtgleichsetzung von Rechtsordnung und rechtlichem System aus (a.a.O. S. 51) und spricht von der »Notwendigkeit der Systematisierung« (a.a.O. S. 54) und von den Rechtsvorschriften als einem »Rohmaterial, das von der Rechtslehre weiterhin bearbeitet werden soll« (a.a.O. S. 56). Zu den konzeptionellen Unterschieden der Ansätze (1) und (2) A. Aarnio – On Changes in the Systematics of Law und als Reaktion darauf C.E. Alchourrón, E. Bulygin – Systematization and Change in the Science of Law.

379 Zum Problemkreis S.L. Paulson – Läßt sich die reine Rechtslehre transzendental begründen?

380 P. Koller – Meilensteine des Rechtspositivismus im 20. Jahrhundert, S. 133f. u. S. 159.

381 »Als Krönung seines *rekonstruktivistischen* Bemühens, hinter der Komplexität und Unübersichtlichkeit positiver Rechtsordnungen ein Höchstmaß an gemeinsamen Strukturen aufzuweisen, identifiziert Kelsen mit der Grundnorm diejenige formale Denkvoraussetzung, die man notwendigerweise machen muß, wenn man überhaupt Normwissenschaft betreiben [...] will.« M. Pawlik – Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts, S. 159.

lung sonst zweckmäßig sein könnte[382]. Insgesamt besteht ein umgekehrt proportionales Verhältnis zwischen dem Umfang der Norm und der Binnenkomplexität des Systems: »Wird angenommen, daß zum Tatbestand einer Norm alle ihre Geltungsbedingungen und Ausnahmen gehören, wird die Norm sehr komplex, das Normensystem demgegenüber sehr arm an Strukturen. Wird andererseits alles als Norm angesehen, über das gesagt werden kann, daß es zum Rechtssystem gehört und daher angewendet werden soll, ergeben sich sehr komplexe Strukturen des Rechtssystems«[383]. Eine Möglichkeit zweckmäßiger Normbegrenzung besteht in der Herausarbeitung eines Typenkataloges von Gliederungselementen, die funktional organisiert ist. Demnach ließe sich das Rechtssystem beispielsweise als Zusammenspiel von Verhaltensregeln, Sanktionsregeln, Finalnormen, Ermächtigungsregeln, Ermessensregeln etc. denken[384]. Bemerkenswert dabei ist, daß bei den meisten Gliederungen Elemente (Rechtsregeln) notwendig sein werden, die selbst keine Normen sind[385], z.B. Definitionen oder konstitutive Regeln, die kein Sollen ausdrücken, sondern etwas festsetzen oder Beziehungen zwischen den obengenannten Regeltypen fixieren. Erst die Wechselwirkung zwischen all diesen Elementen, den normativen wie den nichtnormativen, ergibt eine korrekte Repräsentation des Gesamtsystems. Der Systembegriff erfordert nicht unbedingt, daß nur ein Typ von Element zugelassen wird. Jedoch wird jedes nichtnormative Element (das man insofern unselbständig nennen kann) so in Beziehung mit den Normen des Systems stehen müssen, daß dadurch insgesamt der normative Gehalt modifiziert wird, andernfalls es überflüssig wäre. Derartige Darstellungen scheinen jedoch nicht mit einem reinen Zwangsnormmodell vereinbar, wohl aber wahrscheinlich mit einem Befehlsmodell des Rechts.

In den positivistischen Modellen Kelsens bzw. Harts ist eine Typenunterscheidung von Rechtsregeln von paradigmatischer Bedeutung, die besonders geeignet ist, die dynamische Struktur des modernen Rechts zu verkörpern: die Unterscheidung zwischen Normen 1. Ordnung, die auf ein Verhalten gerichtet sind, und Normen 2. Ordnung, d.s. Normen, die sich auf Normen beziehen (angesprochen ist insbesondere Harts Unterscheidung von *primary* und *secundary rules*[386]). Ermächti-

382 Joseph Raz meint die Beliebigkeit der Gliederungsprinzipien durch Vorgabe rationaler *limiting requirements* bzw. *guiding requirements* einschränken zu können; ders., a.a.O. S. 142 ff.

383 J.-R. Sieckmann – Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, S. 91.

384 P. Koller – Theorie des Rechts, S. 83 ff. Vgl. auch O. Weinberger – Norm und Institution, S. 88 ff.

385 »[…] though […] normativity is an important characteristic of the law, some laws are not norms […]«, J. Raz, a.a.O. S. 168.

386 P. Koller – Meilensteine des Rechtspositivismus im 20. Jahrhundert, S. 144 ff.

gungsnormen, Rechtserzeugungsnormen, Derogationsnormen etc. sind von letzterer Art und wichtige Instrumente, um Rechtspositivität als Verfügbarkeit über Normen nutzen zu können. Die klassische Gestalt des Modells, das Recht als Regelsystem konzipiert, sind die verschiedenen Spielarten des Rechtspositivismus.

*Der Rechtspositivismus als Gestalt*

Der Rechtspositivismus verdient im Vordergrund des Interesses zu stehen nicht, weil die Mehrheit der modernen Rechtstheorien diesem Lager zuzurechnen ist, sondern weil das spezifisch positivistische Moment, »das Recht überhaupt als einen faktisch bestehenden Komplex sozialer Normen aufzufassen, deren Geltung völlig unabhängig davon ist, ob wir sie gutheißen oder nicht«[387], die Vermutung nährt, daß jene zu erwartende Neutralität dem Material gegenüber es methodisch gleichgültig erscheinen läßt, welches und wessen Recht beschrieben wird. Horst Dreier spricht in diesem Zussammenhang – mit Bezug auf Kelsens *Reine Rechtslehre* – von der »Ubiquität des Anwendungsbereiches«[388]. Damit müßte es im Prinzip unerheblich sein, ob das komplexe dynamische Recht des 20. und 21. Jahrhunderts, das protostaatliche der Renaissance oder jene noch fernere Rechtswelt des 10. und 11. Jahrhunderts als Untersuchungsgegenstand gewählt wird. Konstatiert man eine gewisse Unbestimmtheit des Begriffs Rechtspositivismus[389] resp. läßt man die Aussage gelten, daß es »*den* Rechtspositivismus gar nicht gibt«[390], sondern allenfalls zahllose mehr oder minder voneinander abweichende Spielarten, und erachtet man mit Walter Otts Buch *Der Rechtspositivismus* die Erarbeitung einer vergleichenden Zoologie der lebenden und toten Spezies des Rechtspositivismus für geleistet, dann genügt es an dieser Stelle fernab des Anspruchs, das Thema *in extenso* behandeln zu wollen,

387 »Das ist der Kern jener Auffassung des Rechts, die als *Rechtspositivismus* bezeichnet wird.« P. Koller – Theorie des Rechts, S. 141. »Dieser Ansicht entspricht ein Rechtsbegriff, der das Recht auf *wertfreie* Weise allein mithilfe *deskriptiver* (d.h. die Realität beschreibender) Merkmale zu definieren sucht, wie z.B. durch die Merkmale der obrigkeitlichen Setzung oder des Zwanges.« A.a.O. S. 23.

388 »Wegen ihrer Reduktion auf möglichst allgemeine, formale, mit beliebigen Inhalten ausfüllbare Merkmale und Systemkategorien des Rechts läßt sich die Reine Rechtslehre ja – ihrem eigenen, immer wieder explizierten Anspruch gemäß – potentiell auf alle Rechtsordnungen beziehen.« H. Dreier – Hans Kelsen und Niklas Luhmann, S. 422.

389 »Der Begriff des Rechtspositivismus weist jedoch ein erhebliches Maß an Unbestimmtheit auf. An einer einheitlichen und allgemein oder zumindest weitgehend anerkannten Begriffsbestimmung fehlt es.« M. Pawlik – Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts, S. 17. Eine Liste von fünf konkurrierenden Bestimmungen bietet H.L.A. Hart – Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral, S. 23.

390 N. Hoerster – Einleitung zu H.L.A. Hart, Recht und Moral, S. 6.

einige der für rechtspositivistische Theorien typische Kernthesen vorzustellen. Als Kernthese gilt, abgesehen von der selbstverständlichen Konzeption von Recht als System von Normen, gewiß die Auffassung, die den Rechtspositivismus mit dem allgemeinen philosophischen Positivismus verbindet, nämlich, daß »die Feststellung der Geltung rechtlicher Normen sich auf *beobachtbare Tatsachen* der sozialen Realität beziehen [muß]«[391]. Das Geltungskriterium liegt für den Rechtspositivismus jedenfalls nicht – wie in Naturrechtslehren – in qualitativen inneren Eigenschaften der Normen begründet, die diese durch praktische Vernunft erkennbar macht und kraft schieren Erkennens auch verpflichtend[392]. Das Geltungskriterium ist vielmehr rein formeller Natur, wofür als Anknüpfung »drei Arten von Tatsachen in Betracht [kommen]: die *autoritative Gesetztheit* rechtlicher Normen, die *soziale Wirksamkeit* des Rechts und die *Anerkennung* seiner Normen«[393]. Insbesondere die Struktur der autoritativen Setzung von Normen erlaubt die Entwicklung eines sog. Stammbaummodells des Rechts. Identitätsstiftung, Geltungstheorie und Zuordnungskriterium fallen dann zusammen – eine Norm (Rechtsregel) gilt, wenn sie auf eine bestimmte Weise erzeugt wurde, wobei die Erzeugung (Setzung) an physisch wahrnehmbaren Ereignissen der Tatsachenwelt erkennbar sein muß. Es gilt in einer Stammbaumtheorie des Rechts mithin die Äquivalenz folgender Aussagen:

(1) Die Norm $N_i$ gehört zum System;
(2) $N_i$ ist zurückführbar auf eine letzte Regel[394] (Grundnorm, *rule of recognition*)
(3) Die Norm $N_i$ ›gilt‹ (als objektives Sollen);
(4) Die Norm $N_i$ wurde systemkonform erzeugt (und ihr nicht wieder derogiert).

Die formelle Konstitution des Rechtssystems begründet zugleich seine Selbständigkeit gegenüber anderen Normensystemen, seien es nun andere Rechtssysteme, die auf eine eigene letzte Regel zurückführbar sind, oder Systeme anderer Kategorien von sozialen Normen, z.B. Moralsysteme; die Abschichtung letzterer ist grundsätzlicher Natur und Inhalt der sog. ›Trennungsthese‹, ebenfalls einer positivistischen Kernthese. Die Trennungsthese behauptet die »Unabhängigkeit von Recht und Mo-

391 P. Koller – Theorie des Rechts, S. 142 f. »Der moderne erkenntnistheoretische Positivismus anerkennt nur zwei grundlegende Methoden, die der Sicherung wissenschaftlicher Erkenntnis dienen, nämlich die axiomatische und die empirische Methode.« W. Ott – Der Rechtspositivismus, S. 117 f.

392 »Der Positivismus geht demgegenüber vom *Non-Kognitivismus* aus, demgemäß es keine Möglichkeit gibt, richtiges Recht zu erkennen und überhaupt Normen rein kognitiv – d.h. ohne willensmäßige Stellungnahme – zu begründen.« O. Weinberger – Norm und Institution, S. 73.

393 P. Koller, a.a.O. S. 143; vgl. a.a.O. S. 25 f.

394 P. Koller – Meilensteine des Rechtspositivismus im 20. Jahrhundert, S. 154.

ral (einschließlich Naturrecht) voneinander«[395]. Auf Trennung wird in rechtspositivistischen Theorien an zwei Fronten insistiert: auf die Trennung zwischen ›Sein‹ und ›Sollen‹ ebenso wie die Trennung von ›Recht‹ und ›Moral‹. Beteuert ersteres die Unableitbarkeit von Sollenssätzen aus deskriptiven Sätzen und umgekehrt und bewegt sich damit im Rahmen einer logischen Argumentation, meint letzteres hingegen die Unabhängigkeit von zwei Normensystemen, von zweierlei Art von Sollen[396]. Trotzdem besteht ein Zusammenhang, und zwar dadurch, daß Normensysteme sich wechselseitig als tatsächlich gegebene Vorschriften interpretieren können, so daß z.B. formal geltendes Recht vom moralischen Standpunkt beurteilt werden kann und umgekehrt moralisch motivierte Verhaltensweisen (straf-)rechtlich sanktioniert sein können. Die zweitgenannte Trennung macht aus dem Normensystem ein das Sollen im ersten, rechtlich-präskriptiven Sinn hintanstellendes System reiner (rechtlicher) Tatsachen, das einer relativistischen Vielfalt von Moralstandpunkten gegenübersteht. Im Prinzip ist der Relativismus der Gestalt, daß auch jedes ein Rechtsnormensystem beurteilende (moralische oder religiöse) Normensystem seinerseits wieder als bloßer Tatsachenkomplex (mit empirisch verifizierbaren Geltungsbedingungen für die einzelnen moralischen bzw. religiösen Normen) betrachtet werden und der Beurteilung durch beliebige weitere (moralische, religiöse oder vielleicht auch wieder rechtliche) Normensysteme unterliegen kann. Normen stehen so zu anderen Normen (eines fremden, wie auch des eigenen Normensystems) stets auch im Verhältnis des Tatsächlichen; im Wortsinn normativ werden sie erst in bezug auf ein Subjekt, dessen Handeln beeinflußt werden soll, ein Subjekt, das dabei selbst – bzw. dessen Willensakte – wieder als Tatsache aufgefaßt wird[397].

Es kann hier nicht der Ort sein, das vielfältige Für und Wider im Hinblick auf die Trennungsthese zu referieren, so viel scheint in unserem Zusammenhang nur

395 F. Bydlinski – Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 277. Zur positivistischen Trennungsthese weiters H. Kelsen – Reine Rechtslehre, S. 68 ff.; H.L.A. Hart – The Concept of Law, S. 185 ff.; ders. – Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral; P. Koller – Theorie des Rechts, S. 24 u. S. 142; ders. – Meilensteine des Rechtspositivismus im 20. Jahrhundert, S. 166 ff.; R. Alexy – Zur Kritik des Rechtspositivismus, 9 ff.; N. Hoerster – Zur Verteidigung der rechtspositivistischen Trennungsthese; W. Ott – Der Rechtspositivismus, S. 27 u. S. 172 ff.; M. Pawlik – Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts, S. 17 ff.; R. Walter – Die Trennung von Recht und Moral im System der Reinen Rechtslehre; M. Kriele – Rechtspflicht und die Trennung von Recht und Moral.

396 Vgl. R. Dreier – Sein und Sollen, S. 226: »Es stellt sich hier das Problem von Sein und Sollen auf einer anderen Ebene […] Dort ging es um die formallogische Deutung des Rechts als objektiv gesollt. Hier dagegen steht das Verhältnis des positiven Rechts, sei es als seiend oder formallogisch gesollt gedacht, zum ethisch gesollten und (oder) politisch wünschbaren Recht in Frage.«

397 Vgl. H. Kelsen – Reine Rechtslehre, S. 19.

betonenswert, daß die Abschichtung des Rechts von der Moral der Preis (oder der Lohn) für die theoretische Entscheidung zugunsten eines formellen Geltungs- und Zuordnungskriteriums des Rechts ist; freilich ist dies ob der praktischen Konsequenzen keine *rein* theoretische Entscheidung. Das formelle Zuordnungskriterium kann in der Gestalt eines Tests formuliert werden, genauer als ein die Kette der bedingenden Rechtsakte nachverfolgender Herkunftstest: »Mit Hilfe dieser Herkunftstests kann man gültige Rechtsregeln von unechten Rechtsregeln (Regeln, die Anwälte und prozessierende Parteien fälschlicherweise als Rechtsregeln vorbringen) sowie von anderen Arten gesellschaftlicher Regeln (die im Allgemeinen unter der Bezeichnung ›moralische Regeln‹ alle in einen Topf geworfen werden), die die Gemeinschaft befolgt, aber nicht durch Staatsgewalt durchsetzt, unterscheiden.«[398] Dieses Zitat aus Ronald Dworkins Skizze des Rechtspositivismus (die er entwirft, um sie hinterher durch ausgedehnte Kritik wieder zu zerzausen[399]) belegt die enge Verknüpfung von formellem Herkunftskriterium, Trennungsthese, Anknüpfung an (organisierte) staatliche Sanktion und – wenn man den nächsten Satz aus Dworkins Skizze hinzunimmt (»Die Menge dieser gültigen Rechtsregeln stellt ›das Recht‹ erschöpfend dar«) – dem Konzept von Recht als System (Menge) von Rechtsregeln.

Ihre eigentliche Leistungsfähigkeit entfaltet die positivistische Theorie vom Recht als Regelsystem jedoch erst, wenn es darum geht, die Dynamik des Rechts zu beschreiben, d.h. also das Ineinandergreifen von Normentstehung, Normkonkretisierung und Normaufhebung entlang der Zeitachse, was zugleich das Recht weniger als strukturiertes Nebeneinander von Gesetzen denn als hierarchisch gegliederte Struktur erscheinen läßt. Die von Adolf Merkl entwickelte und von Hans Kelsen in die *Reine Rechtslehre* inkorporierte Lehre vom ›Stufenbau der Rechtsordnung‹ verkörpert die »Einsicht, daß jede Rechtsordnung ein in sich zusammenhängendes Gefüge von bedingenden und bedingten Rechtsakten bzw. Normen darstellt, die entsprechend ihrem Bedingungsverhältnis eine hierarchische Ordnung bilden«[400]. Diese Ordnung wird von Merkl als doppelte verstanden, als Stufenbau der ›rechtlichen Bedingtheit‹ und als Stufenbau nach der ›derogatorischen Kraft‹, die gegenläufig sein können, wie Beispiele fehlerhafter (d.h. der bedingenden Norm widersprechender)

---

398 R. Dworkin – Bürgerrechte ernstgenommen, S. 47.

399 Vgl. R. Alexy – Zum Begriff des Rechtsprinzips, S. 177 ff.

400 P. Koller – Meilensteine des Rechtspositivismus im 20. Jahrhundert, S. 148. Bei Merkl heißt es: »Als höher wird somit hier ein Rechtssatz qualifiziert, ohne dessen Existenz bestimmten Handlungen gar nicht der Sinn eines Rechtssatzes beigelegt werden könnte. […] Die Reihe bedingender und bedingter Rechtssätze stellt sich demnach als eine Rangreihe, bildlich gesprochen als *Hierarchie höherer und niedrigerer Akte dar.*« A. Merkl – Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, S. 1341 f.

aber in Rechtskraft erwachsener Urteile oder Bescheide lehren[401]. Die Ordnung der rechtlichen Bedingtheit ist zugleich die Ordnung der Kaskade der Normsetzungen von der Verfassung absteigend über Gesetze, Verordnungen zu individuellen Normen oder genauer: die Ordnung der Ermächtigungen zu diesen Normsetzungsakten.

Von erheblicher Bedeutung sind die zuletzt genannten Ermächtigungen – zumal wenn man mit Kelsen an der Dichotomie von Sein und Sollen strikt festhält – deshalb, weil allein so bestimmten Akten der physischen Außenwelt, z.B. Parlamentsbeschlüssen oder Gerichtsurteilen, eine normative Deutung gegeben werden kann, nach der das im Beschluß gegenständliche Gesetz oder Urteil allein deshalb als Rechtsnorm ›gilt‹, weil eine ›höhere‹ Ermächtigungsnorm (der Verfassung, des Gesetzes) zu dieser Normsetzung die Befugnis eingeräumt hat. Für die Sphäre des Normativen interessant ist einzig die ermächtigte Normsetzung, was sich in physikalischer Hinsicht dabei sonst noch ereignet, ist nach Kelsen lediglich »ein gewisse[s] Parallelphänomen in der Natur«[402]. Ermächtigungsnormen sind der Schlüssel zur normenlogischen Geschlossenheit des Rechtssystems, die alle vermeintlichen Schlüsse vom Tatsächlichen (der Abstimmung im Parlament, die Verkündung des Urteils als Ereignis in Raum und Zeit) aufs Normative nicht nur unzulässig, sondern auch entbehrlich erscheinen lassen. Geltungsgrund einer Norm ist immer eine andere Norm und niemals ein tatsächlicher Vorgang, welcher Art auch immer.

Mit den Ermächtigungen regelnden Normen ist eine Normkategorie angesprochen, deren Eigenständigkeit gerne unterstrichen wird. Ermächtigungsnormen ließen sich, so heißt es, nicht auf Gebots-, Verbots- oder Erlaubnisnormen zurückführen, denn wer zu etwas ermächtigt sei, der sei dadurch allein nicht verpflichtet, dies zu tun, allenfalls sei es ihm erlaubt; aber nicht einmal dies muß der Fall sein, weil denkbar ist, daß rechtliches ›Können‹ und rechtliches ›Dürfen‹ in der Weise auseinanderfallen, daß die Setzung eines Rechtsaktes zwar verboten, aber – ist er nun einmal verbotswidrig gesetzt – dennoch gültig ist und Rechtswirkungen entfaltet[403]. Hält man diese beiden Ebenen jedoch hinreichend weit auseinander, dann erübrigt es sich aber auch, Ermächtigungsnormen als Normen *sui generis* aufzufassen. Ermächtigungsnormen

---

401 »Ein bedingender und darum in gewissem Sinn dem bedingten Akt übergeordneter Akt kann zugleich in einem anderen Sinn dem bedingten Akt untergeordnet sein, wenn dieser ihm gegenüber derogatorische Kraft hat, während beim bedingenden Akt dieselbe derogatorische Kraft gegenüber dem bedingten Akt fehlen kann.« A. Merkl, a.a.O. S. 1343f.; allg. dazu A. Merkl – Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Bezüglich der Unabhängigkeit beider Ordnungen kritisch P. Koller, a.a.O. S. 149 FN 53. Zur Lehre Merkls R. Walter – Der Aufbau der Rechtsordnung, S. 53ff.

402 H. Kelsen – Reine Rechtslehre, S. 108; siehe dazu K. Larenz – Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 71.

403 P. Koller – Theorie des Rechts, S. 89, insbes. FN 9.

können als gewöhnliche Gebotsnormen verstanden werden, lediglich mit dem Unterschied, daß das Gebot nicht an den Ermächtigten selbst gerichtet ist (die Frage, ob er verpflichtet ist, oder ob es ihm freisteht, oder ev. sogar verboten ist, von der Ermächtigung Gebrauch zu machen, ist gesondert zu beurteilen, und zwar abermals durch gewöhnliche Gebots-, Verbots- oder Erlaubnisnormen), sondern an die potentiellen Adressaten der Norm, die zu setzen ermächtigt wird. Es handelt sich gewissermaßen um eine Gebotsnorm, die nicht direkt, sondern ›über die Bande gespielt wird‹[404].

Durch das Zusammenspiel von Ermächtigungsnormen und (auf deren Grundlage erlassenen) Verhaltensnormen, von generellen und individuellen Normen in einem System, kommt eine wesentliche durch die Dynamik ermöglichte Struktureigenschaft des Rechts zum Vorschein und zwar die Selbstbezüglichkeit oder Autoreferentialität der Rechtsnormen: die Entstehung und Anwendung rechtlicher Regeln ist selbst durch Recht geregelt; Normen sind unweigerlich wieder auf Normen bezogen[405].

---

404 Vgl. P. Koller – Meilensteine des Rechtspositivismus im 20. Jahrhundert, S. 147 FN 47.

405 »In dem Maße, in dem die staatlich organisierten Rechtssysteme unter den Bedingungen der Positivität allen Rechts dazu übergegangen sind, von Rechts wegen alles Normieren zu normieren, d.h. sowohl die Selbsterzeugung als auch die Selbstvernichtung (Derogation) von Recht im Rechtssystem selbst zu regulieren, hat die *Rechtsordnung* nicht nur die Form einer selbstreferentiellen, sondern auch einer selbstsubstitutiven Ordnung angenommen. Das staatlich organisierte Rechtssystem und die hierdurch etablierte Rechtsordnung kann als *selbstreferentiell* bezeichnet werden, weil sie die Elemente, aus denen sie besteht, nämlich u.a. die Rechtsnormen, gleichsam im Kontakt mit sich selbst produziert und reproduziert. Jede Einzelentscheidung in diesem arbeitsteiligen Erzeugungszusammenhang bezieht sich auf andere systemeigene Operationen und Entscheidungen in ein und demselben Rechtssystem, die – wie die Glieder einer Kette – in ihrem Erfolg von weiteren Anschlußentscheidungen abhängig sind. Ferner kann die auf diese Weise errichtete Rechtsordnung als *selbstsubstitutive* Ordnung gelten, weil im Wege eines bestimmungsgemäßen politisch-rechtlichen Entscheidens fortlaufend ›altes‹ Recht durch ›neues‹ Recht ersetzt werden kann. Damit wird auch die Frage nach dem Stufenbau des Rechts und der ihn abschließenden Grundnorm zu einem Problem, über das im Rechtssystem selbst entschieden werden kann.« W. Krawietz – Recht als Regelsystem, S. 139. »Das Recht beginnt, seine eigenen Operationen, Strukturen, Grenzen, Umwelten, ja seine Identität zu normieren. […] Damit entstehen selbstreferentielle Zirkel in bezug auf Rechtshandlungen, Rechtsnormen, Rechtsverfahren und Rechtsdogmatik, die die zunehmende Autonomisierung des Rechts begründen. Das Recht selbst verfügt darüber, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit man von einem rechtsrelevanten Ereignis, einer gültigen Norm etc. sprechen kann.« G. Teubner – Recht als autopoietisches System, S. 45. Treibt man diesen ›systemtheoretischen‹ Blickpunkt weiter und nähert sich mehr und mehr der Entwicklungsbiologie verwandten Vorstellungsweisen an, dann hört – wie die Lehren Niklas Luhmanns zeigen – das Rechtssystem auf, eines von Normen oder Rechtsregeln zu sein; an die Stelle der basalen Systemelemente treten ›Kommunikationen‹, die Normen wiederum werden als ›kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartungen‹ all ihres normativen Charakters entkleidet.

Liegen die Vorzüge des positivistischen Modells neben anderen[406] gerade in der Beschreibung der Rechtsdynamik, so scheint es im Hinblick auf eines der Ziele dieser Arbeit, die Anwendbarkeit des positivistischen Rechtsbegriffs auf die Verhältnisse im frühen Mittelalter zu prüfen[407], wichtig, daß auch formell statische Regelmodelle vom Konzept umfaßt werden: »Ein statisches Normensystem liegt vor, wenn seine Normen deshalb eine Einheit bilden, weil sie sich in ihrem Inhalt aus einer obersten Norm oder einer Menge oberster Prinzipien ableiten lassen. Sie stehen in einem inhaltlichen Ableitungszusammenhang«[408]. Man wird annehmen dürfen, daß die mittelalterliche Rechtswelt sowohl statische als auch in Ansätzen dynamische Strukturen aufweist, die als Vorstufe zu später sich entwickelnden protostaatlichen Rechtsordnungen gelten können. Es liegen auch theoretische Einwände vor, die es fraglich erscheinen lassen, ob einfache Primärregelmodelle in der Lage sind, das Recht primitiver Gesellschaften angemessen zu beschreiben[409].

Die Stufenbaulehre des Rechts kann nicht referiert werden, ohne eigens auf den berühmt-berüchtigten Schlußstein des Bauwerks einzugehen: die *Grundnorm*. Im folgenden sollen vier Varianten von Grundnormen in Grundzügen verglichen werden. Zwei Funktionen der Grundnorm haben schon Erwähnung gefunden, die Identitätsstiftung für das Normensystem[410] und das Zuordnungskriterium für die Entscheidung, ob eine bestimmte Norm dem System angehört oder nicht. Wenn man zur Klärung der Frage der Gültigkeit eines beliebigen Rechtsaktes die Stufenfolge der bedingen Rechtsakte und -normen ›hinauf‹ steigt und zuletzt bei der Frage nach der Gültigkeit der Verfassung anlangt, dann genügt es nach Kelsen nicht, auf das bloße Faktum des Bestehens einer solchen zu verweisen, sondern es bedürfe einer Norm, die die Geltung der Verfassung selbst noch normativ begründet, ohne ihrerseits noch einer weiteren normativen Begründung fähig zu sein[411], einer nicht positiv gesetz-

---

406 »Das Regelmodell des Rechtssystems hat eine Reihe gewichtiger Vorzüge. Abgesehen davon, daß es zu einer relativ einfachen Struktur des Rechtssystems führt, erlaubt es eine Rechtsanwendung durch Subsumtion und Deduktion. Die dafür relevanten Normen werden rein formell und ohne inhaltliche normative Begründung bestimmt. […] Rechtsgeltung und Rechtsanwendung sind damit frei von philosophischen und praktischen Problemen der Normbegründung, was zur Folge hat, daß sie weniger umstritten und besser vorhersehbar sind als Entscheidungen, die sich auf normative Argumente stützen.« J.-R. Sieckmann – Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, S. 90.

407 Siehe dazu den zweiten Abschnitt.

408 P. Koller – Theorie des Rechts, S. 106.

409 P. Koller – Meilensteine des Rechtspositivismus im 20. Jahrhundert, S. 144 FN 40.

410 »Da die Grundnorm der Geltungsgrund aller zu einer und derselben Rechtsordnung gehörigen Normen ist, konstituiert sie die Einheit in der Vielheit dieser Normen.« H. Kelsen – Reine Rechtslehre, S. 209.

411 »Als höchste Norm muß sie vorausgesetzt sein, da sie nicht von einer Autorität gesetzt sein kann, deren Kompetenz auf einer noch höheren Norm beruhen müßte.« A.a.O. S. 197.

ten, sondern von jedem Subjekt, das Normwissenschaft betreiben will[412] (und dazu gehören offenbar alle Rechtsunterworfenen), notwendig vorauszusetzende Norm des Inhalts: der Verfassung ist zu gehorchen.

Die Grundnorm gehört jedoch zur Kategorie der bedingten Normen. Sie steht konkret unter der Bedingung der Wirksamkeit der Rechtsordnung als ganzer. In der Taxonomie Robert Alexys macht es die erste und wichtigste Funktion der Grundnorm aus, die er »Kategorientransformation« nennt, »den Übergang von einem Sein zu einem Sollen zu ermöglichen«[413]. Das würde Kelsen selbst natürlich heftig zurückweisen, nach ihm könne es so einen Übergang gar nicht geben. Auch wäre es falsch – wie es Kelsen des öfteren vorgeworfen wurde –, hierin eine Konfundierung der Kategorien zu erblicken, denn die Wirksamkeit begründet die Geltung der Grundnorm nicht, die eine fiktive, bloß gedachte Norm bleibt; die Wirksamkeit stellt lediglich den bedingenden Teil der Norm dar und ist darin nicht fragwürdiger als andere Rechtsregeln mit Tatsachenkomplexen als bedingende Elemente auch. Gleichwohl bleibt es eine Verschränkung besonderer Art, die eine gewisse nichtlogische Zirkularität nicht von sich weisen kann: denn die Wirksamkeit der Rechtsordnung ist ohne die Normativität der in ihr enthaltenen Bestimmungen, die ihren Geltungsgrund letztlich in der Grundnorm haben, nicht denkbar, und diese steht wieder unter der Bedingung der Wirksamkeit – die Verfassung gilt damit unter der Bedingung, daß sie gilt (und befolgt wird). Diese »extrem gekünstelte Konstruktion«[414] ist wohl die äußerste Annäherung der Sphäre des Sollens an die des Seins, die Kelsen denkbar erschien und die ihm doch viel Kritik eingebracht hat. Carl Schmitt etwa hält ihm schon 1928 vor: »Hier hört plötzlich das Sollen auf und bricht die Normativität ab; statt ihrer erscheint die Tautologie einer rohen Tatsächlichkeit: etwas gilt, wenn es gilt und weil es gilt«[415]. Die Vorwürfe an Kelsens Grundnorm sprechen meist von sinnloser Verdopplung; es genüge das Faktum einer wirksamen Verfassung. Das ist der Standpunkt H.L.A. Harts[416], dem sich, betrach-

412 Zu dieser spezifischen Voraussetzung W. Schild – Abstrakte und konkrete Rechtslehre, S. 101.

413 R. Alexy – Begriff und Geltung des Rechts, S. 170.

414 P. Koller – Theorie des Rechts, S. 159.

415 C. Schmitt – Verfassungslehre, S. 9. Bei Karl Larenz klingt es milder: »Der die Rechtsordnung legitimierende Denkakt, die Postulierung der Grundnorm, findet also eine sachliche Rechtfertigung letztlich darin, daß eine bestimmte Zwangsordnung als solche funktioniert – das ›Sollen‹ ergibt sich damit, auf einem Umweg über das erkenntnistheoretische Postulat der ›Grundnorm‹, aus dem als solchen für Kelsen Sinn und wertfremden Sein, der (bloßen) Faktizität!« K. Larenz – Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 74.

416 »Kelsen's basic norm has in a sense always the same content; for it is, in all legal systems, simply the rule that the constitution […] ought to be obeyed. If a constitution specifying the various sources of

tet man seinen eigenen Lösungsvorschlag, viel eher vorhalten ließe, Normativität auf rohe Tatsächlichkeit zu gründen. Sein Argument geht in Richtung OCKHAMscher Sparsamkeit, wenn er meint, die Grundnorm sei stets notwendig inhaltlich deckungsgleich mit der Verfassung und insofern als zusätzliche Kategorie mangels Unterscheidbarkeit überflüssig. HARTS Lösung, die der *rule of recognition*, ist darum auch viel direkter und ohne intensives philosophisches Raisonnement konzipiert. Auch ihr Zweck besteht in der Identifizierung gültiger Rechtsregeln (»rule providing criteria for the identification of other rules of the system«[417]); auch sie schneidet ebenfalls als oberste Regel der Rechtsordnung (HART spricht nicht von *basic norm*) das Hierarchieproblem ab; und auch sie dient der normativen Fundierung des Rechts. Aber im Gegensatz zur Grundnorm ist die *rule of recognition* selbst Teil des positiven Rechts, obwohl sie nicht im System gilt[418]; sowohl ihre Existenz als auch ihr konkreter Inhalt sind Tatsachenfragen[419]. Die Transformationsleistung erbringt sie in der Interpretation PETER KOLLERS durch ein normativ-faktisches Schillern: »Diese Erkenntnisregel, nach der sich die Geltung aller anderen Regeln des Systems bestimmt, hat einen internen und einen externen Aspekt, und je nachdem, auf welchen Aspekt man abstellt, kann man sie einmal als verbindliche Norm und zum anderen als tatsächlich existierende Regel verstehen«[420]. Damit gelingt im Ergebnis (mit leichten Nuancierungen im Detail[421]) dieselbe Verknüpfung von Normativität und Wirksamkeit der Rechtsordnung als ganzer wie bei KELSEN: »Wer die Erkennungsregel vom internen Standpunkt betrachtet und sie als oberstes Kriterium ver-

---

laws is a living reality in the sense that the courts and officials of the system actually identify the law in accordance with the criteria it provides, then the constitution is accepted and actually exists. It seems a needless reduplication to suggest that there is a further rule to the effect that the constitution (or those who ›laid it down‹) are to be obeyed.« H.L.A. Hart – The Concept of Law, S. 293.

417 A.a.O. S. 111.

418 »Nach Harts Verständnis besitzt nämlich der Begriff der Rechtsgeltung Relevanz ausschließlich im intrasystematischen Bereich: Er beziehe sich lediglich auf den Umstand, daß eine Regel eine der in der Erkenntnisregel enthaltenen Rechtsgeltungskriterien erfülle und daher der durch die Erkenntnisregel konstituierten und zusammengehaltenen Rechtsordnung angehöre.« M. Pawlik – Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts S. 156 f.; vgl. R. Dreier – Sein und Sollen, S. 223.

419 »In dieser Hinsicht unterscheidet sich die Erkennungsregel von allen anderen Regeln des Systems. Setzt die Behauptung der Gültigkeit oder Existenz dieser anderen Regeln stets eine Bezugnahme auf eine akzeptierte Erkennungsregel voraus […] so kann die Behauptung der Existenz der Erkennungsregel nur eine externe Tatsachenaussage über die allgemeine Rechtspraxis sein.« P. Koller – Meilensteine des Rechtspositivismus im 20. Jahrhundert, S. 164.

420 A.a.O. S. 163.

421 Für Hart ist die innere Anerkennung durch den Rechtsstab von Bedeutung für die Beurteilung der Wirksamkeit.

wendet, […] der setzt […] stillschweigend eine *externe Aussage* voraus: nämlich die Aussage, daß das System allgemein *wirksam* ist«[422].

Carl Schmitts Variante einer ›Grundnorm‹ verzichtet ganz auf die Einkleidung in eine Regel und verknüpft die Sphäre des Rechts kurz und bündig mit der der Tatsachen:

> »In Wahrheit gilt eine Verfassung, weil sie von einer verfassunggebenden Gewalt (d.h. Macht oder Autorität) ausgeht und durch deren Willen gesetzt ist. Das Wort ›Wille‹ bezeichnet im Gegensatz zu bloßen Normen eine seinsmäßige Größe als Ursprung des Sollens. Der Wille ist existenziell vorhanden, seine Macht oder Autorität liegt in seinem Sein. Eine Norm kann gelten, weil sie richtig ist; dann führt die systematische Konsequenz zum Naturrecht und nicht zur positiven Verfassung; oder eine Norm gilt, weil sie positiv angeordnet ist, d.h. kraft eines existierenden Willens.«[423]

Das, worauf Kelsen in seiner gesamten Rechtslehre solchen Wert gelegt hat, daß nämlich jede Norm als Sinn eines Willensaktes zu sehen ist, wendet Schmitt auf die normative Grundlage der Verfassung und damit des Rechtsganzen an – Kelsen macht an dieser entscheidenden Stelle bei der Grundnorm eine Ausnahme. Die Transformationsleistung erbringt eine derartige Konstruktion mit einer Unbekümmertheit, als gäbe es eine dahinterliegende kategorienlogische Problematik gar nicht. Eine Transformation findet dennoch statt, denn mit der in der *Verfassungslehre* wichtigen »Unterscheidung von Verfassung und Verfassungsgesetz«[424] ist klar, daß von der Ebene der Verfassungsgesetze abwärts eine normative Struktur vorliegt bzw. eine normativ-dezisionistische Doppelstruktur, im Ergebnis nicht unähnlich der Kelsens.

Lediglich Schmitts und Kelsens Blickpunkte verharren an ihren Ausgangsorten, diesseits und jenseits der Demarkationslinie von Sein und Sollen, wenn der Prozeß der Konkretisierung des Rechts, der Weg von Verfassung über Gesetz zum Urteil, einmal als Stufenbau von generellen hin zu individuellen Normen, das andere Mal als Katarakt rechtlicher Dezisionen in Erscheinung tritt. Bei aller Betonung der Selbständigkeit der Dezision durch Schmitt (sie sei »normativ aus einem Nichts geboren«) bleibt diesem Begriff allein schon durch die Gegenüberstellung von ›richtiger‹ und ›falscher‹ Entscheidung ein normatives Moment inhärent[425], umgekehrt ist die

---

422 P. Koller, a.a.O. S. 164.

423 C. Schmitt – Verfassungslehre, S. 9.

424 C. Schmitt, a.a.O. S. 20 f.

425 »Man muß die inkriminierte Passage etwas ausführlicher zitieren, um das zu sehen: »Daß es die zuständige Stelle war, die eine Entscheidung fällt, macht die Entscheidung relativ, unter Umständen auch absolut, unabhängig von der Richtigkeit ihres Inhalts und schneidet die weitere Diskussion darüber, ob noch Zweifel

Bedeutung des Willens bei der konkretisierenden Schöpfung individueller Normen in der *Reinen Rechtslehre* immer groß gewesen und wird im Spätwerk dominant bis hin zur Weigerung, eine Logik der Normen für möglich zu halten.

Doch während Kelsen bis zur Selbstaufgabe an der Trennung von Sein und Sollen festhält und die Vermittlungsleistung der Grundnorm in der Bedingung der Wirksamkeit mehr versteckt als offenlegt, ist es für Schmitt gerade die Aufgabe des Staates, Politik in Recht zu transformieren: »Dem Staat kommt also eine Mittel- und Vermittlerstellung zwischen Recht und Macht, Sein und Sollen, Faktizität und Norm zu«[426]; damit »freilich ›unterwandert‹ er die kantianische Unterscheidung von Sein und Sollen hegelianisch […] indem er den Staat als Vermittler zwischen Recht und Wirklichkeit begreift«[427]. Der Scheitelpunkt dieser dialektisch gedachten Vermittlung zwischen Recht und Macht ist in Schmitts Werk in seiner *Verfassungslehre* von 1928 erreicht[428]. Schmitts ›Grundnorm‹ des positiven Verfassungsbegriffs formuliert die politische Verankerung allen Rechts in der Singularität der Verfassunggebung: »Der Akt der Verfassunggebung enthält als solcher nicht irgendwelche einzelne Normierungen, sondern bestimmt durch einmalige Entscheidung das Ganze der politischen Einheit hinsichtlich ihrer besonderen Existenzform. Dieser Akt konstituiert Form und Art der politischen Einheit, deren Bestehen vorausgesetzt wird. […] Die Verfassungsgesetze dagegen gelten erst auf Grund der Verfassung und setzen eine Verfassung voraus«[429].

Es darf bei einer so gestalteten Fundierung des Rechts, das sich von den zuletzt genannten Verfassungsgesetzen herleitet, nicht Wunder nehmen, wenn in seiner Staats- und Rechtstheorie das Politische, die Dezision und der Ausnahmezustand auf allen Ebenen begrifflich präsent bleiben. Kelsen im Gegensatz dazu »macht um die Be-

---

bestehen können, ab. Die Entscheidung wird im Augenblick unabhängig von der argumentierenden Begründung und erhält einen selbständigen Wert. In der Lehre vom fehlerhaften Staatsakt offenbart sich das in seiner ganzen theoretischen und praktischen Bedeutung. Der unrichtigen und fehlerhaften Entscheidung kommt eine Rechtswirkung zu. Die unrichtige Entscheidung enthält ein konstitutives Moment, gerade wegen ihrer Unrichtigkeit. Aber es liegt in der Idee der Entscheidung, daß es überhaupt keine absolut deklaratorischen Entscheidungen geben kann. Von dem Inhalt der zugrundeliegenden Norm aus betrachtet ist jenes konstitutive, spezifische Entscheidungsmoment etwas Neues und Fremdes. Die Entscheidung ist, *normativ betrachtet, aus einem Nichts geboren*. Die rechtliche Kraft der Dezision ist etwas anderes als das Resultat der Begründung.« C. Schmitt – Politische Theologie, S. 42 (Hervorhebung nicht im Original).

426 H. Hofmann – Lgitimität gegen Legalität, S. 51; vgl. C. Schmitt – Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen.

427 W. Mantl – Hans Kelsen und Carl Schmitt, S. 194. »Einziger Sinn und Wert des Staates besteht darin, daß er die Verbindung dieser Gedankenwelt der reinen wertenden Norm mit der Welt realer empirischer Erscheinungen […] vollstreckt.« H. Hofmann, a.a.O. S. 45.

428 Dazu M. Pilch – System des transcendentalen Etatismus, S. 27 ff.

429 C. Schmitt – Verfassungslehre, S. 21 f.

handlung der Politik in seiner Reinen Rechtslehre einen weiten Bogen. Seine strikte Trennung juristischer und soziologischer Kategorien läßt ihm politische Prozesse erst in den Blick kommen, wenn sie sich in Gesetzesbeschlüssen (oder ähnlichen normativen Akten) niederschlagen«[430]. Nirgendwo wird dieser Gegensatz deutlicher als in der Behandlung der Souveränität. Der singuläre Anfangs- bzw. Endpunkt einer Verfassung als Form der politischen Einheit wird bei Schmitt gleichgesetzt mit dem Ausnahmezustand[431], der alle Regel- und Rechtsförmigkeit uneinholbar hinter sich läßt[432]. Die Verfügbarkeit über den Ausnahmezustand wiederum ist das Kriterium für die Souveränität schlechthin: »Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet«[433]. Für Kelsen dagegen ist Souveränität nicht viel mehr als eine Chimäre – eine Kopplung von Politik und Recht findet an der Stelle der Grundnorm nicht statt[434]. Die nüchtern sozialwissenschaftlich abzuhandelnde Frage der ›Wirksamkeit‹ einer Rechtsordnung läßt von der Brisanz des Ausnahmezustandes, bei dem es um politisches Sein oder Nichtsein geht, nichts verspüren; dabei wären gerade revolutionäre Umbruchszeiten mit konkurrierenden Rechtsordnungen im selben Territorium ein geeigneter Prüfstein für das kelsensche Kriterium, eine Prüfung übrigens, die nach Meinung von Joseph Raz die Grundnorm nicht besteht[435]. Zu Carl Schmitts Herangehensweise an die Begründung des Rechts (während seiner dezisionistischen Phase) gibt es eine verwandte Tradition im angelsächsischen Raum, die sich mit den Namen Austin, Bentham und Bryce verknüpfen läßt[436]. H.L.A. Hart gilt hier allgemein als Überwinder dieser Positionen.

430 M. Prisching – Hans Kelsen und Carl Schmitt, S. 91.

431 Der Fall eines friedfertigen Übergangs zu neuer Verfassungslage liegt so sehr außerhalb der Denkvorstellung jener Zeit, daß er nicht einmal theoretisches Interesse erlangt.

432 »Eine generelle Norm, wie sie der normal geltende Rechtssatz darstellt, kann eine absolute Ausnahme niemals erfassen und daher auch die Entscheidung, daß ein echter Ausnahmefall vorliegt, nicht restlos begründen.« C. Schmitt – Politische Theologie, S. 11.

433 A.a.O. Dazu E.-W. Böckenförde – Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts.

434 Dazu *in extenso* H. Kelsen – Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts.

435 Dazu werden fiktive Situationen konkurrierender revolutionärer Normsetzungsakteure durchgespielt mit dem Ergebnis, daß eine Identitätsstiftung mit Kelsens Ansatz nicht gelingen kann; J. Raz – The Concept of a Legal System, S. 95 ff.

436 »So hat etwa Bryce den Gedanken einer vom einzelnen Verwaltungsakt bis zur Verfassung hinaufreichenden Normenhierarchie mit der auf Bentham und Austin zurückgehenden Ansicht verbunden, daß die Verfassung selbst ihre Geltung der Setzung durch einen mit tatsächlicher Durchsetzungsfähigkeit ausgestatteten Souverän verdanke.« M. Pawlik – Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts, S. 150. »Austin's solution of the problem of identity is seen to rest on the combination of two concepts: validity chains and sovereignty.« J. Raz, a.a.O. S. 99.

Wenn der Übergang vom Sein zum Sollen ein logischer Kategorienfehler ist, so bleibt er doch unumgänglich, weil hier versucht wird, das nach Auflösung drängende dialektische Verhältnis von Faktizität und Geltung, von Recht und Macht, in starren Kategorien zu fixieren, die dem nicht gewachsen sind. Wem freilich eine dialektische Betrachtungsweise zuwider und ein Lösungsvorschlag im Stile SCHMITTS zu martialisch ist, dem bietet MICHAEL PAWLIK eine Lesart der Grundnorm in zeitgemäß-modischem Gewand: die Lehre von der Grundnorm als eine Theorie der Beobachtung zweiter Ordnung. Die Beobachtung erster Ordnung des Rechts bewegt sich innerhalb des als geltend unterstellten Rechts, ohne die Geltungsvoraussetzungen *in toto* zu reflektieren: »Auf der Ebene der Beobachtung erster Ordnung […] werden die zur Begründung einer Entscheidung erforderlichen Informationen gewonnen, indem die Teilnehmer am juristischen Gespräch die Argumentationen der übrigen Teilnehmer beobachten, um auf diese Weise […] das einschlägige Material an Normen, früheren Entscheidungen und Auslegungen zu ermitteln«[437]. Die Einnahme einer solchen Haltung zum Recht setzt die Vorstellung einer Einheit der Rechtsordnung als Gesamtheit geltender Rechtsnormen als regulatives Prinzip voraus, das selbst außerhalb des Horizonts bleibt; insofern kann man von einem »reduktionistischen Rechtsbegriff« sprechen[438], der nach PAWLIK zur Folge hat, »daß der *Begriff der Rechtsgeltung* für den Bobachter erster Ordnung undenkbar bleibt. Er operiert nämlich unter der *immer schon vorausgesetzten* Geltung und Einheit der Rechtsordnung. […] Die Verfassung gilt hier, weil sie gilt«[439]. Die Grundnorm hat nun den Zweck, die Grenze, die hier gesetzt ist, zu begreifen und zu transzendieren: »Indem sie das Kriterium der Wirksamkeit als Voraussetzung der Rechtsgeltung […] in sich aufnimmt, leistet die als Instrument der Beobachtung zweiter Ordnung verstandene Grundnorm […] eine Reflexion der *praktischen Fundierung* der Beobachtung erster Ordnung«[440]. Diese Interpretation vermeidet den Vorwurf der Kategorienvermengung und erlaubt die Doppelstellung der Norm als ideelles Gebilde und Teil der Realität zu verstehen einschließlich der Verknüpfung der Sphären des Rechts und des Politischen, die auf diesem Weg herstellbar ist: »Der Denkbarkeit der möglichen Nichtgeltung des aktuell geltenden Rechts entspricht insofern die – zumin-

437 M. Pawlik – Die Lehre von der Grundnorm als eine Theorie der Beobachtung zweiter Ordnung, S. 459 f.

438 »Trotzdem liegt der Beobachtung erster Ordnung ein reduktionistischer Rechtsbegriff zugrunde: Das Recht wird nämlich in Normativität aufgelöst.« A.a.O. S. 461.

439 A.a.O. S. 461 f.

440 A.a.O. S. 465.

dest latente – Allgegenwärtigkeit des Politischen«[441]. Was die Rechtslehre Harts angeht, so enthält interessanterweise Kollers schon angesprochene Interpretation der *rule of recognition* in ihrer Doppelstellung als verbindliche Norm und Tatsache einen Aspekt, der in die gleiche Richtung zielt. Wenn es heißt, daß man, »um ein Rechtssystem in seiner normativen Dimension zu erfassen, keineswegs *selbst* ihm gegenüber einen internen Standpunkt einnehmen und seine Regeln akzeptieren muß«, weil »es genügt, das Recht von einem externen Standpunkt aus unter Bezugnahme auf den internen Gesichtspunkt derjenigen zu beschreiben, die seine Regeln akzeptieren […]«[442], dann ist damit genau der Denkfigur der Beobachtung eines Beobachters (externer Standpunkt unter Berücksichtigung der Haltung eines Akteurs mit internem Gesichtspunkt) entsprochen, die Pawlik beschreibt. Das ist bereits eine interpretatorische Zutat und Weiterentwicklung, weil bei Hart in dieser reflexiven Gestalt nicht auffindbar.

Die Grundnorm funktioniert wie ein Scharnier – egal ob nun als dialektisches Verhältnis, als raffinierte autoreferentielle Beobachtungsstruktur oder als schlichte Anbindung an die Empirie verstanden. Sie kann die Rückkopplung einer ohne sie immer im Ideellen oder Fiktiven verbleibenden Normenordnung mit konkret existierenden Staaten und Rechtssystemen leisten oder die Verklammerung von Rechtlichem und Politischem und damit den Antagonismus von Recht und Macht fixieren. Die kategoriale Transformationsleistung kann aber auch in eine andere Richtung gehen und auf eine Fundierung des Rechts in Moralität hinauslaufen: entweder dadurch, daß ein nichtformelles Kriterium mit inhaltlichen Ansprüchen an die Normenordnung gewählt wird (naturrechtliche Grundnorm[443]) oder – als interessante Vermittlungslösung – die Grundnorm wird als moralisch legitimiertes Erfordernis betrachtet, *obwohl* sie eine nur-positive Normenordnung begründet, deren einzelnen Rechtsregeln keine innere moralische Qualität abgefordert wird. Eine solche Position ist z.B. von Otfried Höffe formuliert worden, der insoweit von *schwachem Rechtsmoralismus* als einer mit einem gemäßigten Rechtspositivismus vereinbarten Position spricht[444]. Gefordert wird hier nur, »daß die Rechtsordnung als ganze einen Gerechtigkeitsbezug habe«, nicht aber, daß »die Geltung rechtlicher Vorschriften von deren Übereinstimmung mit bestimmten ethischen Erfordernissen abhängig [ist]«[445].

441 A.a.O.
442 P. Koller – Meilensteine des Rechtspositivismus im 20. Jahrhundert, S. 163.
443 Z.B. R. Alexy – Begriff und Geltung des Rechts, S. 167 f.
444 O. Höffe – Politische Gerechtigkeit, S. 121 ff.
445 P. Koller – Zur ethischen Begründung von Recht und Staat, S. 485.

Ein älteres Beispiel für die Konstruktion einer naturrechtlich motivierten schlicht-positiven Rechtsordnung ist die ›normative Grundnorm‹ (ALEXY[446]) von IMMANUEL KANT. Der Grundgedanke ist folgender: an sich stehen Menschen als Vernunftwesen einander in der Weise gegenüber, daß sie durch den kategorischen Imperativ verbunden sind, sich wechselseitig als ›Personen‹, d.h. als Zweck, und niemals bloß als Mittel zu behandeln. Weil aber die vorbehaltlose Behandlung eines jeden Anderen auf moralischem Boden unter dem Risiko steht, selbst nicht in gleicher Weise behandelt zu werden, bedarf es zur Beseitigung des damit verbundenen Mißtrauens, das die Verwirklichung von Moralität gefährdet, einer Entlastung[447]. Diese Entlastung leistet das Recht, und zwar indem es mittels seiner Befugnis, zu zwingen, eine gesicherte Sphäre schafft, innerhalb welcher Personen einander wechselseitig unter der Bestimmung des kategorischen Imperativs behandeln können. Das Recht ist somit von der Moral her legitimiert, und zwar gerade als *rein positive Rechtsordnung*, deren Bestimmungen selbst nicht nach ihrem moralischen Gehalt zu beurteilen sind, weil das die ganze Konstruktion wieder in Frage stellen würde. Gegenstand des Rechts ist so nur das Äußere der Handlungen: »Der Begriff des Rechts […] betrifft *erstlich* nur das äußere und zwar praktische Verhältnis einer Person gegen eine andere, sofern ihre Handlungen als *Facta* aufeinander (unmittelbar oder mittelbar) Einfluß haben können«[448]. Da dem Recht nur die Aufgabe zukommt, moralisches Handeln zu ermöglichen, und weil es zur Wahrung dieser Aufgabe mit Zwangsgewalt verknüpft ist, ist diese Einschränkung notwendig: »Die Anforderungen des Rechts haben, da sie sich nur auf äußere Handlungen und auf Mittelwahl beziehen, einen sehr viel geringeren Intensitätsgrad als die der Ethik, werden aber in der härteren Form des äußeren Zwangs durchgesetzt«[449]. Die Befugnis, zu zwingen, ist für KANT Wesensmerkmal des Rechts (»Recht und Befugnis zu zwingen bedeuten also einerlei«[450]), die Bewehrung moralischer Gehalte ist damit aber ausgeschlossen, denn »die un-

---

446 R. Alexy, a.a.O. S. 186.

447 »Nehmen wir an […]: Die Gesetze hätten nicht nur allgemeine Zustimmung gefunden, sondern würden auch faktisch befolgt. Dann fehlt es in vielen Fällen immer noch an der *Gewißheit* eines jeden, daß auch jeder andere sie befolgt und befolgen wird. Deshalb bedarf es auch dann noch der Bereithaltung des Rechtszwanges, weil dieser jedermann garantiert, daß auch jeder andere zur Beachtung der Gesetze notfalls angehalten wird. Die Befolgung der Gesetze ist in vielen Fällen nur dann zumutbar, wenn man sicher sein kann, daß auch jeder andere sie befolgt […]« M. Kriele – Recht und praktische Vernunft, S. 48. Vgl. K. Günther – Der Sinn für Angemessenheit, S. 315.

448 I. Kant – Metaphysik der Sitten, S. 337.

449 I. Maus – Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts, S. 204. Siehe auch dies. – Zur Aufklärung der Demokratietheorie.

450 I. Kant, a.a.O. S. 340.

mittelbare Übersetzung von Moralnormen in Rechtsnormen [würde] jede staatliche Zwangsgewalt zu offenem Terror entgrenzen«[451]. Diese andersgeartete Zielrichtung der Rechtsgesetze im Unterschied zu den Tugendgesetzen, denen freiwillig gefolgt werden muß, um solche zu sein, rechtfertigt den staatlichen Zwang und die strikt positivrechtliche Signatur dieses Rechts, bei der Kant so weit geht, jedes moralisch begründbare Widerstandsrecht von vornherein auszuschließen[452], oder, wie Robert Alexy es zusammenfaßt: »Kants Grundnorm ist ausschließlich an der Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden orientiert. Auf den Inhalt des positiven Rechts kommt es sowenig an, wie bei Kelsen. […] Das führt zu einem vernunftrechtlich begründeten Vorrang des positiven Rechts vor dem Vernunftrecht. […] Ein Widerstandsrecht wird abgelehnt«[453].

*Einwände und Korrekturen*

Der Rechtspositivismus als geschichtswirksame theoretische Position bedient sich konsequent der Konzeption vom *Recht als Regelsystem*. Einwände gegen diese Lehre betreffen nun nicht nur den tatsächlichen oder vermeintlichen von Naturrechtspositionen aus monierten ›ethischen Relativismus‹, von welchem Vorwurf hier abgesehen werden soll, sondern auch die Vollständigkeit und die Konsistenz des Rechtsregelbegriffs[454].

Ist die Rechtsregel als bedingte Norm mitsamt dem Anwendungsmechanismus des ›juristischen Syllogismus‹ das Herzstück des Konzepts vom *Recht als Regelsystem*, so stellt just jene bedingte Norm für Generationen von Normenlogikern eines der umstrittensten Objekte ihrer Disziplin dar. Wenn man annimmt, daß Jurisprudenz und Rechtswissenschaft sich in ihrer Argumentationsweise nicht abseits logischer Operationen bewegen, dann dürfen klare Aussagen über den logischen Status bedingter Normen und der typischen juristischen Schlußweisen erwartet werden; Ota Weinberger präzisiert das für die Rechtsregel dahingehend, daß »die logische Theorie des Bedingungsnormsatzes folgendes leisten [muß]: 1. Sie muß einen Bedingungssatz darstellen, der als Normsatz zu verstehen ist. […] Der Bedingungssatz muß ein echter Bedingungssatz sein, worunter ich verstehe, daß eine Art des modus-

451 I. Maus – Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts, S. 205.

452 »Ein jedes Glied des gemeinen Wesens hat gegen jedes andere Zwangsrechte, wovon nur das Oberhaupt desselben ausgenommen ist.« I. Kant – Über den Gemeinspruch, S. 146; siehe auch a.a.O. S. 156; »Wider das gesetzgebende Oberhaupt des Staates gibt es also keinen rechtmäßigen Widerstand des Volks; denn nur durch Unterwerfung unter seinen allgemein-gesetzgebenden Willen ist ein rechtlicher Zustand möglich.« I. Kant – Metaphysik der Sitten, S. 439.

453 R. Alexy – Begriff und Geltung des Rechts, S. 189 f.

454 R. Dreier – Der Begriff des Rechts; J.-R. Sieckmann – Rechtssystem und praktische Vernunft, S. 158.

ponens-Schusses gilt; m.a.W. ist die Bedingung erfüllt, dann gilt das Bedingte ohne diese Bedingung«[455]. Allein, wie die Geschichte der normenlogischen Bemühungen um die rechte Einordnung des Bedingungsnormsatzes lehrt, gibt es hier keine unumstritten geteilte Auffassung; nicht einmal über die korrekte Formalisierung der Bedingungsnorm herrscht Einigkeit. Vorgeschlagen werden – unter Verwendung des Gebotsoperators ›O‹, des Zeichens für die materiale Implikation ›→‹ und der Variablen p und q – die Formulierungen

$$O(p \rightarrow q)$$

bzw.

$$p \rightarrow Oq.$$

In der ersten Variante wird die vollständige materiale Implikationsrelation ›wenn p, dann q‹ geboten, die zweite bedeutet so viel wie ›wenn p erfüllt ist, dann soll q sein‹. Gegen beide Vorschläge wurden zahlreiche Einwände vorgebracht[456]. Schon beim Grazer MEINONGschüler ERNST MALLY – auf den übrigens die Einführung des Begriffs ›Deontik‹ zurückgeht – finden sich in dessen *Grundgesetzen des Sollens* von 1926 beide Varianten zusammen mit dem »rather surprising axiom«[457]

$$p \rightarrow Oq \equiv O(p \rightarrow q),$$

das die logische Äquivalenz beider statuiert[458]. An der ersten Fassung wird beanstandet, daß aus »O(p → q) und p sich nicht nach irgendwelchen Regeln einer ›gesunden‹ Logik Oq abtrennen [läßt]«[459], diese mithin als geeignete Repräsentation für die Bedingungsnorm nicht in Frage kommt[460]. Die zweite Fassung erweckt, wollte

455 O. Weinberger – Normenlogik und logische Bereiche, S. 196.

456 »Much ink has been spilled in discussing the relative merits of these two explications.« J. Hintikka – Some Main Problems of Deontic Logic, S. 87.

457 D. Føllesdal, R. Hilpinen – Deontic Logic, S. 6.

458 E. Mally – Grundgesetze des Sollens, S. 17. Zu Mally G. Kalinowski – Einführung in die Normenlogik, S. 28 ff.

459 G.H.v. Wright – Bedingungsnormen, S. 49.

460 Ähnlich Hans Lenk: »Auch läßt ein Gebot O(q), also ein unbedingtes Gebot, q zu tun oder wahr zu machen, sich nicht aufgrund einer gültigen deontischen Regel oder unter Zugrundelegung der Axiome eines deontischen Logikkalküls aus dem bedingten Normsatz in dieser Formulierung ableiten. Es ist als in dieser Formulierung aus dem Satz O(p → q) und dem Satz p keine Abtrennung, kein Schluß auf O(q) möglich. Da man jedoch in der Praxis aus bedingten Normsätzen Schlüsse auf die Anwendbarkeit von Geboten und Verboten zieht, spricht dieser Nachteil gegen die genannte Formulierung bedingter Normsätze.« H. Lenk – Zur logischen Symbolisierung bedingter Normsätze, S. 114.

man sie normativ deuten, den Eindruck, einen Schluß vom Sein auf das Sollen zuzulassen, weshalb sie meist nur deskriptiv gedeutet wird, wie z.B. bei von Wright: »[...] könnte man für die Bedingungsnorm $p \rightarrow Oq$ vorschlagen. Aus $p \rightarrow Oq$ und p scheint doch Oq richtig gefolgert werden zu können. Und das stimmt wenigstens, wenn man ›Oq‹ deskriptiv, als Aussage über das Bestehen (Vorliegen) einer Norm, deutet. Nach dieser Deutung ist aber $p \rightarrow Oq$ nicht Ausdruck einer *Norm*, auch nicht einer Bedingungs*norm*«[461]. Es soll hier der umfangreichen Argumentation für und wider nicht weiter nachgegangen werden. Eine Festlegung, ob der Operator O normativ, oder deskriptiv zu deuten ist, scheint jedenfalls erforderlich. Die Unklarheiten reichen jedoch, was die logische Einordnung der Bedingungsnorm angeht, tiefer – es ist nicht einmal unumstritten, in bezug auf *welche Logik* der Status eigentlich zu klären ist. Eine Gruppe von Logikern, darunter Jürgen Rödig und Ulrich Klug, hält die gewöhnliche Prädikatenlogik für ausreichend zur Beschreibung einer Logik von Normen[462]. Entscheidend ist hier die Frage, ob die Bedeutung von Termini wie ›geboten‹ oder ›erlaubt‹ die Behandlung dieser als gewöhnliche Prädikate zuläßt und ob Normen Wahrheitswerte zuerkannt werden können oder nicht. Ist dies nicht möglich, wäre die Entwicklung einer eigenen Logik der Normen nicht nur gerechtfertigt, sondern sogar notwendig:

> »Die ganze Entwicklung der Normenlogik ist vom Problem, das in den Dreißigerjahren von Jørgen Jørgensen scharf formuliert wurde, und das seitdem als das Jørgensensche Dilemma bekannt ist, bestimmt. Das Dilemma stützt sich auf die folgenden vier Thesen:
>
> (1) Im Bereich der normativen Sprache werden die typischen logischen Wörter wie ›nicht‹, ›und‹, ›oder‹, ›wenn – dann‹, etc. in gleicher oder wenigstens sehr ähnlicher Sprache gebraucht, wie in der deskriptiven Sprache, was die Idee nahelegt, sie als aussagenlogische Funktoren zu betrachten; auch werden oft Folgerungen gemacht, bei denen Normen sowohl als Prämissen als auch als Schlußfolgerungen auftreten und die als logisch gültig aussehen. Also sollte es eine Logik der Normen geben.
>
> (2) In der logischen Tradition, von Aristoteles bis zum heutigen Tag, werden sowohl die aussagenlogischen Funktoren als auch die logischen Beziehungen (logische Implikation, logisches Folgern) mit Hilfe des Wahrheitsbegriffs definiert.

---

461 G.H.v. Wright, a.a.O. S. 48. Siehe auch H. Keuth – Deontische Logik und Logik der Normen, S. 86, und F.v. Kutschera – Einführung in die Logik der Normen, Werte und Entscheidungen, S. 24ff.

462 Siehe U. Klug – Juristische Logik, S. 64; J. Rödig – Ein Kalkül des juristischen Schließens, S. 148; ders. – Über die Notwendigkeit einer besonderen Logik der Normen; ders. – Kritik des Normlogischen Schließens; dazu als Reaktion O. Weinberger – Bemerkungen zu J. Rödig's ›Kritik des Normlogischen Schließens‹.

(3) Normen haben keine Wahrheitswerte.
(4) Es gibt keine logischen Beziehungen zwischen Normen und folglich auch keine Logik der Normen.«[463]

In Auseinandersetzung mit diesem Dilemma wurde zur logischen Behandlung des Sollens eine eigene Logik bzw. eine Erweiterung des Prädikatenkalküls in Analogie zur Modallogik unter dem Namen *Deontische Logik* entwickelt: Die Analogie besteht hier zwischen den Ausdrücken *geboten*, *erlaubt* und *verboten* einerseits und den modalen Formen *notwendig*, *möglich* und *unmöglich* andererseits. Ausgangspunkt war hier der berühmte Aufsatz *Deontic Logic* von Georg Henrik von Wright aus dem Jahr 1951[464]. Berüchtigt ist die deontische Logik vor allem wegen der in ihr auftauchenden Paradoxien, darunter das bekannte sog. *Ross'sche Paradoxon*: Die deontische Logik erlaubt mit ihren Operationen die gültige Ableitung des Satzes

$$Op \rightarrow O(p \vee q),$$

den Alf Ross mit dem Beispielsatz »›Wirf den Brief in den Briefkasten!‹ impliziert ›Wirf den Brief in den Briefkasten oder verbrenne ihn!‹«[465] interpretiert, ein Ergebnis gegen alle Intuition. Diese und andere Ungereimtheiten[466] entfachten umfangreiche Deutungen und Verbesserungsvorschläge[467]. Georg Henrik von Wright selbst als einer der bedeutendsten Normenlogiker überhaupt vertritt jedenfalls nach

463 E. Bulygin – Das Problem der Normenlogik, S. 36. Zum genannten Dilemma siehe auch M. Herberger, D. Simon – Wissenschaftstheorie für Juristen, S. 179 f.

464 G.H.v. Wright – Deontische Logik; »Die ganze Entwicklung der Normenlogik von der Erscheinung des berühmten Aufsatzes von v. Wright bis zum heutigen Tag kann als eine Auseinandersetzung mit dem Jørgensenschen Dilemma verstanden werden.« E. Bulygin, a.a.O.; »Von Wright's approach to deontic logic is based upon the observation that there exists a significant analogy between the deontic notions obligation (ought) and permission and the modal notions necessity and possibility.« D. Føllesdal, R. Hilpinen – Deontic Logic, S. 8; zur Frühgeschichte der deontischen Logik G. Kalinowski – Einführung in die Normenlogik; W. Stegmüller – Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie Bd. II, S. 158 ff.; G. Kamp – Logik und Deontik, S. 16 ff.; zum Verhältnis Deontische Logik *versus* Modallogik siehe V. Peckhaus – Oskar Beckers Stellung in der Geschichte der Modallogik.

465 A. Ross – Imperatives and Logic; zit. nach H. Keuth – Deontische Logik und Logik der Normen, S. 75. Vgl. M. Herberger, D. Simon – Wissenschaftstheorie für Juristen, S. 182 f.; S. Danielsson – Taking Ross's Paradox Seriously.

466 »In den sogenannten Standardsystemen der deontischen Logik kann der Bedingungsnormsatz nicht angemessen dargestellt werden. Und es müßten Folgerungen anerkannt werden, die kontraintuitiv sind.« O. Weinberger – Rechtslogik, S. 223 f.

467 Zu den Paradoxien D. Føllesdal, R. Hilpinen – Deontic Logic, S. 21 ff.

langer wechselvoller Entwicklung seiner Theorie »die ›nihilistische‹ Konzeption, gemäß der logische Beziehungen nicht zwischen Normen bestehen können«[468]. Gleichzeitig ist er »der Meinung, daß O(p → q) in der Tat die Grundform einer Bedingungsnorm ist«[469], allerdings verbunden mit einer Theorie, die das Problem einer normativen Abtrennung eines unbedingten Sollens aus der Bedingungsnorm mit Hilfe der oben schon erwähnten Annahme eines ›technischen Sollens‹ umgeht[470]. Die skeptische Position bezüglich der Möglichkeit logischer Beziehungen zwischen Normen erinnert in vielerlei Hinsicht an die des späten KELSEN[471].

Eine Lösung der Problematik verspricht auch eine dritte Art von Logik, die sich als *Logik der Normen* sowohl von der *Deontischen Logik* als auch von der *Logik der Aussagesätze über Normen* unterscheidet, die von OTA WEINBERGER entwickelt wurde; er »meint nun die Schwierigkeit überwinden zu können, indem er die Form p → Oq nicht als materielle Implikation im Sinne der Aussagenlogik auffaßt, sondern als *primitiven Begriff* einer echten Normenlogik«[472]:

> »Als undefinierter Grundbegriff der Normenlogik wird der Sollsatz eingeführt. Er kann durch den Solloperator (›!‹ oder ›O‹) mit einem Argument, das eine Sachverhaltsbeschreibung ausdrückt, dargestellt werden. […] Es wird ein aussagend bedingter Bedingungssollsatz eingeführt, der als Funktion eines Aussagen- und eines normativen Arguments definiert ist. Er kann symbolisch ›p > !q‹ (›p > Oq‹ …) geschrieben werden. Er gelte als Sollsatz und sei als Bedingungssatz definiert durch zwei Eigenschaften:
> (a) durch die Abtrennungsregel: ›Aus p > !q und p folgt !q‹ und
> (b) durch die Regel: ›Folgt aus der Prämissenmenge {R,p} **!**q, dann folgt aus der Prämissenmenge {R} der Bedingungssatz p > **!**q‹.«[473]

468 G.H.v. Wright – Bedingungsnormen, S. 49.

469 A.a.O.

470 »Fragen wir: Schafft die Norm [Versprechen zu halten] zusammen mit der Tatsache, daß ein Versprechen gegeben worden ist, eine *neue* Verpflichtung? Ich würde bestimmt sagen: Nein. Die einzige Verpflichtung, die hier vorliegt, ist die Verpflichtung, gegebene Versprechen einzuhalten. […] Daß er es tun muß, ist nicht eine ›neue‹ Verpflichtung, die durch sein Versprechen ›entstand‹ – sondern es ist eine praktische Notwendigkeit, der er sich durch sein Versprechen unterworfen hat […] Die durch den Akt des Versprechens geschaffene ›praktische Notwendigkeit‹ des weiteren Verhaltens könnte auch ›sekundäre Verpflichtung‹ genannt werden. Aber ich möchte diesen Terminus vermeiden. Denn die praktische Notwendigkeit ist nicht eine Norm, sondern eine Tatsache. […] Man hat also das *Muß* einer praktischen Notwendigkeit vom *Soll* einer Norm zu unterscheiden.« A.a.O. S. 52 f.

471 H. Kelsen – Allgemeine Theorie der Normen; dazu O. Weinberger – Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik.

472 A.a.O. S. 48.

473 O. Weinberger – Normenlogik und logische Bereiche, S. 198.

Ota Weinberger hat damit einen theoretischen Befreiungsschlag gewagt und mit seiner Konstruktion der Bedingungsnorm[474], die man als zentrales Element seiner Lehre zur Überwindung des »normenlogischen Skeptizismus«[475] sehen muß, auch Eingang in Lehrbücher der Rechtstheorie gefunden[476]. Allgemeine ungeteilte Zustimmung wurde ihr jedoch nicht zuteil[477].

Tangiert der eben vorgebrachte Einwand gegen die Vorstellung vom *Recht als Regelsystem* die Konsistenz des als Bedingungsnorm verstandenen Regelbegriffs oder legt zumindest den Finger auf offene Wunden der Logik des Normativen, so betrifft eine weitere gegen den Rechtspositivismus und insbesondere die Rolle, die dabei den Rechtsregeln zugedacht ist, gerichtete Kritik die Vollständigkeit des verwendeten Normbegriffs. Konkret lautet der Einwand, daß neben *Rechtsregeln* auch *Rechtsprinzipien* Teil des Rechts wären und daß letztere nicht auf erstere zurückführbar seien[478]. Die ›Wiederentdeckung‹ der Rechtsprinzipien sei dabei lediglich die notwendige Korrektur einer systematischen Verengung durch den positivistischen Rechtsbegriff: »Vor der mit dem Inkrafttreten des Preußischen Allgemeinen Landrechts (1794) einsetzenden Kodifikationswelle konnte niemand auf die Idee kommen, eine Rechtsordnung als bloße Summe subsumtionsfähiger Regelungen aufzufassen. Erst die Übertragung des cartesianischen Methodenideals auf das Recht […] hat die verengte Vorstellung ermöglicht, eine Rechtsordnung bestehe nur aus der Schicht der Regelungen«[479]. Ronald Dworkin, dessen Kritik am Positivismus von H.L.A. Hart die Diskussion um die Rechtsprinzipien in Gang gebracht hat, verwendet den Begriff zumeist, um sich »auf die gesamte Menge derjenigen Maßstäbe zu beziehen, die keine Regeln sind«[480], aber dennoch für die richterliche Entscheidung maßgeblich und deshalb dem Recht zuzurechnen sind. Der Unterschied zwischen Regeln und Prinzipien ist für ihn auf der logischen Ebene angesiedelt[481], genauer in der unter-

474 C. Weinberger, O. Weinberger – Logik, Semantik, Hermeneutik, S. 122 ff.; O. Weinberger – Rechtslogik, S. 240 ff.; ders. – Normentheorie als Grundlage von Jurisprudenz und Ethik, S. 121 f.

475 O. Weinberger – Rechtslogik, S. 224. Dazu G. Kamp – Logik und Deontik, S. 23 ff.

476 Z.B. P. Koller – Theorie des Rechts, S. 73 ff.

477 »Denn auch Weinberger hat keine hinreichende Analyse der Bedingungsnormen vorgelegt; sein Vorschlag, die Bedingungsnormen als ein nicht analysierbares Ganzes aufzufassen, scheint eher ein Geständnis eigener Unfähigkeit, eine überzeugende Analyse vorzuschlagen, als ein Alternativvorschlag.« E. Bulygin – Das Problem der Normenlogik, S. 47.

478 Zur Kritik an der Unterscheidung von Rechtsregeln und Rechtsprinzipien siehe Th. Schillig – Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, S. 85 ff.

479 G. Otte – Die Anwendung von Rechtsnormen mit und ohne Spielraum, S. 146 f.

480 R. Dworkin – Bürgerrechte ernstgenommen, S. 55.

481 »Der Unterschied zwischen Rechtsregeln und Rechtsprinzipien ist ein logischer Unterschied.« A.a.O. S. 58.

schiedlichen Weise wie im jeweiligen Fall von Erfüllung gesprochen werden kann: für Regeln gelte ein ›Alles-oder-Nichts‹-Charakter[482], d.h. eine Regel ist entweder erfüllt oder nicht erfüllt, *tertium non datur*, währenddessen Prinzipien eine graduelle Erfüllung, ein ›Mehr oder Weniger‹ zuließen, oder anders formuliert: »Prinzipien haben eine Dimension, die Regeln nicht haben – die Dimensionen des Gewichts oder der Bedeutung«[483]. Der Unterschied wird besonders deutlich im Konfliktfall. Faßt man beide, Regeln und Prinzipien, als Normen auf – wofür z.B. Robert Alexy argumentiert[484] –, dann hätte das zwei Grundtypen von Normenkonflikten zur Folge: Während im Falle zweier konfligierender Rechtsregeln mindestens eine nicht dem System angehören kann, können einander entgegenstehende Prinzipien sehr wohl beide gültig sein, aber eben in unterschiedlichem Ausmaß erfüllt werden. Spielen die Rechtsprinzipien bei Dworkin auch mehr die Rolle eines taktischen Angriffsinstruments gegen den Rechtspositivismus HARTscher Prägung und geht seine eigene Intention sehr viel weiter in Richtung einer prozeduralen Theorie des Rechts[485], so wurde der Gedanke doch als eine sinnvolle Erweiterung des Regelmodells aufgegriffen und in allerlei Varianten von Rechtssystemen diskutiert (Regelmodelle, Prinzipienmodelle, gemischte Modelle etc.)[486]. Um den normativen Charakter der Rechtsprinzipien zu fassen, hat Robert Alexy vorgeschlagen, diese als ›Optimierungsgebote‹ zu verstehen[487]. Es wird auch die Auffassung vertreten, daß damit die Bedeutung, die bedingte Normen in Rechtssystemen haben, nicht gemindert werde, daß also den Rechtsprinzipien nur ergänzende Funktion zukomme, z.B. bei Peter Koller: »Da Rechtsprinzipien nicht die Struktur von Rechtsregeln haben, können sie auch nicht durch das Schema generell bedingter Normen dargestellt werden. Es ist aber möglich, die in den Einzelfällen gewonnenen Ergebnisse der Prinzipienabwägung jeweils in Regeln zu übersetzen und diese Regeln dann in Gestalt des genann-

482 »Demgegenüber sind *Regeln* Normen, die stets nur entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können.« R. Alexy – Theorie der Grundrechte, S. 76; ders. – Zum Begriff des Rechtsprinzips, S. 188 ff.

483 R. Dworkin, a.a.O. S. 61 f. Siehe auch J.-R. Sieckmann – Logische Eigenschaften von Prinzipien.

484 »Sowohl Regeln als auch Prinzipien können als Normen aufgefaßt werden. Geschieht dies, so geht es um eine Unterscheidung innerhalb der Klasse der Normen.« R. Alexy – Rechtssystem und praktische Vernunft, S. 216.

485 C. Bittner – Recht als interpretative Praxis, S. 118.

486 Dazu R. Alexy – Theorie der Grundrechte, S. 104 ff.; ders. – Rechtssystem und praktische Vernunft, S. 216 ff.; J.-R. Sieckmann – Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems; ders. – Rechtssystem und praktische Vernunft, S. 152 ff.; sowie der Sammelband, B. Schilcher, P. Koller, B.-Ch. Funk (Hrsg.) – Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts.

487 R. Alexy – Theorie der Grundrechte, S. 75 ff.; ders. – Zum Begriff des Rechtsprinzips, S. 202 ff.; ders. – Zur Struktur der Rechtsprinzipien, S. 32 ff.; J.-R. Sieckmann – Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, S. 62 ff.; ders. – Zur Abwägungsfähigkeit von Prinzipien, S. 207 ff.

ten Schemas wiederzugeben«[488]. Eine schärfere These wäre die, in den Rechtsprinzipien lediglich eine Art juristischer Ökonomie der Normdarstellung zu erblicken, so daß Prinzipien verschiedene Aspekte einer Vielzahl von Rechtsregeln abstrahierten und diese große Zahl an Regeln sich dann durch wenige, knapp formulierbare Prinzipien ersetzen ließen. Darin einzuschließen ist dann freilich ein Mechanismus, der die Regel im Einzelfall aus den Prinzipien (mittels Abwägung) rekonstruierbar macht. Durch dieses umgekehrte Verfahren müßten Systeme von Prinzipien – nicht unbedingt ein einzelnes aus dem Zusammenhang isoliertes Rechtsprinzip – durch genügend ›feinmaschige‹ Rechtsregelsubsysteme sich darstellen lassen, womit der prinzipielle Unterschied zwischen diesen Normtypen erfolgreich bestritten wäre.

Ist mit dieser Erweiterung der Kerngedanke, Recht als System von Rechtsregeln (bedingten Normen) aufzufassen, prinzipiell gewahrt, so scheint eine Korrektur jedenfalls erforderlich, durch die dem oben angeführten Problem begegnet wird, daß die Elemente des Systems nicht als identische Größen zu fassen sind. Die Korrektur erfolgt durch Einführung mehrerer Ebenen und soll nach dem Vorbild der mathematischen Gruppentheorie eine ›Darstellungstheorie‹ für Normen bieten, ein Ansatz, der im folgenden kurz skizziert sei.

Es wird davon ausgegangen, daß Normensysteme $N_i$ einen wohldefinierten normativen Gehalt haben. Wenn zwei Normensysteme den selben normativen Gehalt haben, liegt in Wahrheit nur ein einziges System vor. Der normative Gehalt wird ermittelt anhand der Gesamtheit der ableitbaren normativen Konsequenzen $Cn(N_i)$. Normensysteme bedürfen der Gliederung in Elemente; diese Elemente sollen im folgenden *Normen* heißen und definiert werden als *Äquivalenzklassen von Normsätzen gleichen normativen Gehalts*. Werden Normen nach landläufigem Verständnis durch Normsätze repräsentiert und läßt sich eine Norm mittels verschiedener Normsätze ausdrücken, so liegt es nahe, die ›Norm‹ als die Klasse aller normativ äquivalenten Normsätze oder Normsatzkomplexe zu definieren. Die dafür benötigte Äquivalenzrelation läßt sich wieder über den Begriff der normativen Konsequenz formulieren. Die Menge der Normen, die ein konkret bestimmtes Normensystem $N_i$ vollständig gliedern, bilden eine *Darstellung* dieses Normensystems $D_j(N_i)$ (nicht schon das Normensystem selbst; darin liegt der Fehler der bisherigen Definitionen); die Darstellung besteht aus Normen, die ihrerseits wiederum durch *Normsätze* darstellbar sind; mittelbar wird jedes Normensystem also durch Normsätze dargestellt; die Umformulierung eines Normsatzes in einen normativ äquivalenten bedeutet dann, daß in der gewählten Darstellung verblieben wird. Das Normensystem $N_i$ selbst ist dann definierbar als die Klasse aller normativ äquivalenten Darstellungen $N_{i\ def}= [D_j]_i$. Der

488 P. Koller – Theorie des Rechts, S. 94.

Vorteil dieser Herangehensweise ist *erstens*, daß für jede Darstellung die Zahl der so definierten Normen angebbar ist, weil die Zahl der Äquivalenzklassen von Normsätzen der konkreten Darstellung, die den normativen Gehalt zum Ausdruck bringen, zählbar ist, und daß diese also wirklich in mathematischer Weise als Elemente einer Menge behandelt werden können. Der *zweite* Vorteil liegt in der Nähe zum juristischen Sprachgebrauch, der, wenn davon gesprochen wird, daß eine bestimmte Norm zu einem Normensystem gehört, nicht die umständliche vollständige Eigennorm meint, sondern einen Ausschnitt davon, eine in der Regel klein portionierte normative Entität, die einem Satz im Gesetzbuch oder einem normativen Komplex in einem dogmatischen Lehrbuch entspricht.

Eine Transformationsrelation $D_k = T_{kj}(D_j)$ bildet eine Normmenge auf eine andere ab; bleibt dabei der normative Gehalt unverändert, d.h. die Menge der ableitbaren normativen Konsequenzen gleich, gilt also $Cn(D_k) = Cn(D_j)$, bedeutet das, wenn $D_k \neq D_j$, lediglich einen Wechsel in der Darstellung; die Transformation führt nicht aus der Klasse von Darstellungen, durch die $N_i$ definiert ist, heraus. Führt die Transformation hingegen aus der Klasse heraus, dann ist dadurch eine Änderung des normativen Gehalts des Systems beschreibbar, z.B. Gesetzgebung oder Derogation. Juristische Dogmatik wäre auf dieser Grundlage die Erarbeitung neuer Darstellungen des Normensystems durch (äquivalenzerhaltende) Transformationen der durch die Gesetzgebung vorgegebenen Darstellung.

# II. Anwendung des modernen Rechtsbegriffs auf frühmittelalterliche Verhältnisse

Nach absolviertem Streifzug durch die Gefilde moderner Rechtstheorie soll nun zum Ausgangspunkt, der Suche nach einem passenden Rechtsbegriff für frühmittelalterliche Verhältnisse, zurückgekehrt werden und in gleichsam naiver Weise – ohne Beachtung all der Unstimmigkeiten in sich, auf die zu stoßen war – *pars pro toto* einer dieser konkurrierenden modernen Aspiranten für einen Rechtsbegriff mit dem rechtsgeschichtlichen Befund konfrontiert werden –, um zu sehen, was passiert[1].

Der in rechtspositivistischer Tradition stehende Rechtsbegriff oder, wie der Autor es bescheidener formuliert, der »Versuch einer Definition des Rechts«[2], der für den Zweck dieser Konfrontation herangezogen werden soll, ist der von Peter Koller in seiner *Theorie des Rechts* folgendermaßen formulierte: »Recht ist in seinem wesentlichen Kern eine Menge von sozialen Normen, (1) deren Wirksamkeit zumindest im Großen und Ganzen durch organisierten Zwang garantiert wird, (2) deren Anwendung und Erzeugung auf Ermächtigung beruht und (3) deren Anspruch auf Verbindlichkeit die Überzeugung ihrer Legitimität voraussetzt«[3]. Genügen soll dieser

---

1 Es sei damit einer Aufforderung Gerhard Köblers Genüge getan: »Der natürliche Ausgangspunkt der Untersuchung des Rechts im frühen Mittelalter ist die Betrachtung des modernen Begriffes Recht. Wer immer nämlich ein Vorstellungssystem erkennen will, welches möglicherweise von dem mit Recht, Gesetz, Sitte und Gewohnheit gebildeten gegenwärtigen verschieden ist, tut gut daran, sich über den Sachinhalt der eigenen Kernbegriffe Klarheit zu verschaffen.« G. Köbler – Das Recht im frühen Mittelalter, S. 5. Vgl. auch K. Kroeschell – Der Rechtsbegriff der Rechtsgeschichte, S. 310: »Als Juristen, die wir sind, gehen wir auch an rechtshistorische Probleme zunächst ganz unreflektiert mit dem Rechtsbegriff heran, den wir im geltenden Recht verwenden.«

2 P. Koller – Theorie des Rechts, S. 41 ff.

3 P. Koller, a.a.O. S. 44. Die Wahl einer rechtspositivistisch orientierten Rechtsdefinition müßte den Vorzug genießen, Recht einer Gesellschaft als Phänomen unabhängig von jeglichem metaphysischen, religiösem Hintergrund beschreiben zu können, also gleichermaßen tauglich sein für moderne prononciert säkulare Rechtssysteme wie für solche traditionaler oder archaisch strukturierter Gesellschaften.

Positivistische Rechtsdefinitionen existieren in verschiedenen mehr oder minder verwandten Varianten, die für eine Konfrontation mit der mittelalterlichen Welt herangezogen werden könnten; es wird dabei überwiegend davon ausgegangen, es ließe sich »so etwas wie ein gemeinsamer Kern einer rechtspositivistischen Rechtsposition herauspräparieren. Dieser Kern lautet etwa so: Eine Rechtsordnung ist (1) eine hierarchisch strukturierte Normenordnung, die (2) unter bestimmten Voraussetzungen die Anwendung von physischem Zwang vorsieht und die (3) sich in einer bestimmten Gesellschaft in dem Sinne als wirksam erweist, daß sie sich gegebenenfalls gegenüber anderen Normenordnungen im

Rechtsbegriff drei von KOLLER zuvor aufgestellten Bedingungen der Angemessenheit, die an jeden Rechtsbegriff zu stellen seien: »(1) Die zum Recht gehörenden Normen müssen sich im Allgemeinen in irgend einer Weise anhand bestimmter empirischer Tatsachen feststellen lassen. (2) Die Normen des Rechts müssen von anderen geltenden sozialen Normen abgegrenzt werden. (3) Die Ausübung rechtlichen Zwanges muss von blanker Gewalt unterschieden werden«[4].

KOLLERS Rechtsbegriff präsentiert sich als konsequente Ausformung rechtspositivistischer Ideen, knüpft insbesondere an HANS KELSEN und H.L.A. HART an, aber auch an die Lehren OTA WEINBERGERS. Im Zentrum seiner Rechtstheorie steht die bedingte Rechtsnorm, die ›Rechtsregel‹[5], als rechtslogischer Operator in der Basisoperation ›Subsumtion‹ und zugleich wesentliches Element in einem normativen Stufenbau, der auch die Integration von Rechtsprinzipien nicht ausschließt. Der Begriff vermeidet aber einseitige Formalisierungen und hält sich offen gegenüber rechtstheoretischen wie philosophischen Überlegungen, etwa zu immanenten Gerechtigkeitsanforderungen, darin nicht unähnlich dem Rechtsbegriff OTFRIED HÖFFES[6], allerdings ohne dessen philosophische Hintergrundtheorie von der »Gerechtigkeit als Tausch« zu teilen. Im vorliegenden Zusammenhang erfährt KOLLERS Rechtsbegriff eine abstrakt-methodische Anwendung, er soll – wohl nicht ganz in der Intention des Erfinders – als ›Strukturaufklärungsoperator‹ fungieren. Damit soll der Frage nachgegangen werden, ob und inwieweit mit einem Rechtsbegriff positivistischen Zuschnitts mittelalterliche Verhältnisse beschrieben werden können, ohne dabei Eigenart und Fremdartigkeit dieses Rechts zu verfehlen.

Ob Recht im Mittelalter sinnvoll als Untermenge sozialer Normen beschrieben werden kann, wird noch Gegenstand ausführlicher Erörterungen sein. An dieser Stelle erinnert sei an das breite Spektrum möglicher Bedeutungen der nach den Ergebnissen des ersten Abschnitts nicht mehr so harmlos anmutenden Wendung ›Menge von Normen‹, je nachdem, ob darunter bloß das Vorhandensein eines präskriptiven Komplexes zur Verhaltensanleitung im weitesten Sinn, ob artikuliert oder nicht, ob schriftlich fixiert, oder in Gebrauchstraditionen unscharf faßbar, verstan-

---

großen und ganzen durchsetzt.« N. Hoerster – Zur Verteidigung der rechtspositivistischen Trennungsthese, S. 28.

4 P. Koller, a.a.O. S. 40 f.

5 »Im allgemeinen kann man sagen, dass generelle Rechtsvorschriften bedingten Charakter haben, also *generelle und bedingte* Normen sind. Solche Rechtsnormen werden – im Unterschied zu Prinzipien – gewöhnlich als *Rechtsregeln* bezeichnet.« Koller, a.a.O. S. 78.

6 Dieser wird von Koller allerdings wegen seines unmittelbaren Anknüpfens an moralische Kriterien, die als objektiv gültig angenommen werden, den Vertretern einer Naturrechtslehre zugeordnet; a.a.O. S. 33 f. Zu Höffes Rechtsbegriff siehe O. Höffe – Politische Gerechtigkeit; ders. – Vernunft und Recht.

den wird, oder ob aber das strenge Regime einer Systematik einschließlich rechtslogischer Operationen gemeint ist, das auf Literalität angewiesen ist, und dessen Projektion auf oral oder semioral organisierte Gesellschaften daselbst zu mehr Verfremdung als Aufklärung führt, indem es ›zu moderne‹ Verhältnisse unterstellt.

In weiterer Folge sei auf die einzelnen Elemente der Definition Kollers vor dem Befund, den die rechtsgeschichtliche Forschung für das Frühmittelalter herausgearbeitet hat, näher eingegangen.

## (4) Wirksamkeit des Rechts durch organisierten Zwang

Ein Eckpfeiler im positivistischen Rechtsbegriff ist die Verschränkung von Recht und organisiertem Zwang: »Die Ausübung organisierten Zwangs hat den Zweck, die Wirksamkeit der für den Bestand der sozialen Ordnung bedeutsamen sozialen Normen unter den Bedingungen des *Zusammenlebens großer Menschenzahlen* sicherzustellen, da unter diesen Bedingungen sozialer Druck allein die Wirksamkeit sozialer Normen nicht mehr zu sichern vermag. Um in großen und differenzierten Gesellschaften ein friedliches soziales Zusammenleben zu ermöglichen, ist organisierter Zwang erforderlich«[7]. Zu betonen ist, daß es gerade die Kombination von Zwang und Organisation ist, durch die rechtliche Verhältnisse gekennzeichnet sind, was aber weder bedeutet, daß jede Norm Zwangsnorm sein muß, noch, daß nicht andere soziale Normensysteme ebenfalls Zwangsmittel statuieren[8]. Wir wollen annehmen, daß der mittelalterlichen Gesellschaft, trotz im Vergleich zu heute deutlich geringerer Bevölkerungsdichte, das Attribut ›groß und differenziert‹ zugeschrieben werden kann. Unter sozialen Normen wird gemeinhin der Oberbegriff zu verschiedenen Typen von Normen mit eigenen Systemen verstanden, Rechtsnormen, Moralnormen, sittliche Normen, Höflichkeitsnormen etc. Zur Stabilisierung all dieser Normen bedarf es also – so die Theorie – bei entsprechender Größe und Differenziertheit, des Zwanges, nicht irgendeines Zwanges, sondern eines, der organisiert ist, das meint wohl ›rechtlich geregelt‹. In Frage steht nun, gerade auch im Hinblick auf ›vorstaatliche‹ Verhältnisse, die Reichweite dieses Begriffs, der Umfang an Rechtsdurchsetzungsformen herrschaftlicher und genossenschaftlicher Provenienz, die im weitesten Sinn als

---

7 P. Koller, a.a.O. S. 58. Vgl. H. Kelsen – Reine Rechtslehre, S. 34 ff.

8 »It is not true that only the law stipulates coercive sanctions, nor is there any reason for saying that every law stipulates a coercive sanction […]. But it is true that one of the characteristics of the law is that it makes a systematic use of coercive sanctions […]« J. Raz – The Concept of a Legal System, S. 89.

*organisierter* Zwang gelten können. Dieser Typus zeichnet sich nach Ota Weinberger durch folgende Eigenschaften aus: (i) es ist normativ vorherbestimmt, welche Zwangsmaßnahmen als Unrechtsfolge gesetzt werden […]; (ii) Zwangsmaßnahmen werden aufgrund eines geregelten Verfahrens verhängt; (iii) es existieren spezialisierte Staatsorgane, die die Zwangsmaßnahmen bestimmen und durchführen«[9]. Wie schon bei Hans Kelsen, der Recht wesentlich als Zwangsordnung versteht, darauf Wert gelegt wird – übrigens in Berufung auf und gleichzeitiger Verkennung von Augustinus –, Staat und Räuberbande auseinanderzuhalten[10], steht hinter dem Zwang staatliche Legitimität und mit ihr auch beanspruchtes Monopol der Gewalt, die dem Zwang rechtsförmlichen Charakter verleiht mit der eigentümlichen Rückkopplung, daß Recht Zwang generiert, der wiederum Recht (und andere Sozialnormen) sichert. Wie steht es damit im frühen Mittelalter?

Das frühmittelalterliche Recht kennt organisierten Zwang in der Form eines das Monopol legitimer Gewaltanwendung behauptenden Staates moderner Prägung mit einer eigens ausdifferenzierten Exekutivgewalt nicht. Als kennzeichnend für die Verhältnisse wurde vielmehr gerade die »Schwäche eines obrigkeitlichen Rechtsdurchsetzungs- und Repressionsapparates« angesehen[11]. Es fehlt dieser Welt darum nicht an Gewalt, nicht an durchaus als rechtlich qualifizierbarem Zwang, auch nicht an Organisation z.B. des ›Gerichts‹ als regelmäßiger Streiterledigungsinstitution; was fehlt, ist jedoch Vorstellung und Existenz eines einheitlichen – sich sehr viel später

---

9 O. Weinberger – Norm und Institution, S. 36.

10 H. Kelsen – Reine Rechtslehre, S. 45 ff. Kelsens Unterscheidung zwischen dem bloß subjektiven Sinn des Räuberbefehls und dem, weil im Wege autorisierter Gesetzgebung und Verfassung auf die Grundnorm verwiesen, nicht anders denn als objektives Sollen deutbaren Rechtsbefehl trifft nun ganz und gar nicht die Pointe des augustinischen Vergleichs. Im Kapitel IV, 4 von *De civitate Dei* (»*Remota itaque iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia?*« – »Was anders also sind Reiche, wenn ihnen die Gerechtigkeit fehlt, als große Räuberbanden?« Aurelius Augustinus, Vom Gottesstaat, Buch 1 bis 10, S. 173.) kommt deutlich zum Ausdruck, daß jedes irdische Reich (mit Ausnahme der mystischen Gemeinschaft der *civitas Dei*) dem Verdikt verfällt, keine (wahre) Gerechtigkeit zu haben, besteht diese doch in der Urheberschaft und Regierung durch Christus selbst (»*Vera autem iustitia non est nisi in ea re publica, cuius conditor rectorque Christus est.*« De. civ. Dei II, 21 »Jedoch wahre Gerechtigkeit gibt es nur in dem Gemeinwesen, dessen Gründer und Herrscher Christus ist.« Aurelius Augustinus, Vom Gottesstaat, Buch 1 bis 10, S. 95). Für Augustinus wäre auch der grundnormbasierte und mit der positiven Rechtsordnung identische Staat Kelsens ein *magnum latrocinium*. Zu den Begriffen Ausgustins siehe E. Bernheim – Mittelalterliche Zeitanschauungen in ihrem Einfluß auf Politik und Geschichtsschreibung, S. 10 ff., insbes. S. 36 FN 3 u. 4; P. Landau – Der biblische Sündenfall und die Legitimität des Rechts, S. 205 ff.

11 G. Dilcher – Bildung, Konstanz und Wandel von Normen und Verfahren im Bereich mittelalterlicher Rechtsgewohnheit, S. 190.

im Begriff ›Souveränität‹ manifestierenden – Zentrums dieser Organisation rechtlicher Gewalt, gleichsam den Angelpunkt, von dem aus alle die Wirksamkeit des Rechts »im Großen und Ganzen garantierenden Kräfte«, von denen KOLLERS Definition spricht, ausgehen könnten. Es ist nun konkret der Frage nachzugehen, ob und in welcher Form organisierter Zwang als Wirksamkeitsbedingung für Rechtsnormen im Frühmittelalter dennoch greifbar ist. Der Rechtszwang wird zunächst im Umfeld des ›Gerichts‹ zu suchen sein und in der hinter diesem stehenden öffentlichen Organisationsgewalt.

*Der Bußprozeß im Frühmittelalter*

Der fränkisch-deutsche Raum kannte das ganze Mittelalter hindurch zweifelsohne organisierte Formen von Gerichtsbarkeit[12]. *In concreto* früh faßbar ist das Bußverfahren (»das, was man herkömmlicherweise *den* fränkischen Prozeß nennt«[13]) mit seinem Bestreben, »das sich wie ein roter Faden durch die meisten germanischen Stammesrechte hindurchzieht: das Bestreben, an die Stelle der Selbsthilfe in langen blutigen Fehden den friedlichen Ausgleich durch Zahlung einer Buße zu setzen«[14]. Die ›Buße‹, bei der es in diesem Verfahren geht, das »noch in unmittelbarar Nähe des Rache- und Fehdeverhaltens liegt«[15], ist im Gegensatz zur ›Strafe‹ »eine vom Täter dem Opfer beziehungsweise der geschädigten Sippe zu erbringende Ausgleichsleistung, die neben der emotionellen Vergeltung/Genugtuung ›zugleich oder ausschließlich einen wirtschaftlichen Zweck verfolgt‹«[16]. Die Rollenverteilung zwischen Richter, Parteien und sonstigen beteiligten Personen (insbesondere der Urteilsfinder) war jedoch in diesem Verfahren von grundlegend anderer Art als die in heutigen Prozessen, bei denen der urteilende ans Gesetz gebundene Einzelrichter im Vordergrund

---

12 Selbstverständlich gilt das auch für die Nachfolgereiche auf ehemals römischem Boden, hier sogar mit einer mehr oder minder intensiven Heranziehung von Schriftrecht. Wann exakt der Beginn für organisierte Gerichtsbarkeit anzusetzen ist, darüber besteht in der Literatur keine Einigkeit. Vgl. u. a. die kontroversiellen Ansätze in J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 41 f. und 113 ff.; G. Köbler – Richter, richten, Gericht, S. 68 und 113; ders. – Klage, klagen, Kläger, S. 19 f.; K. Kroeschell – Haus und Herrschaft im frühen deutschen Recht, S. 41 ff.

13 J. Weitzel – Vorverständnisse und Eckpunkte in der Diskussion um ein frühmittelalterlich-fränkisches Strafrecht, S. 542.

14 K. Kroeschell – Deutsche Rechtsgeschichte I, S. 43. Zur Kritik, Fehdeführung als eine Art ›Selbsthilfe‹ zu interpretieren, A. Buschmann – Gewalt und Frieden, S. 12.

15 C. Schott – Zur Geltung der Lex Alamannorum, S. 91.

16 J. Weitzel, a.a.O. S. 541; zum Verhältnis Buße/Strafe siehe ders. – Begriff und Gegenstand des frühmittelalterlichen Sanktionenrechts.

steht. Dieser Typus findet sich zwar auch schon in der Antike und lebt im Frühmittelalter in den stärker romanisierten Gebieten weiter, in den germanisch dominierten jedoch herrscht mit der ›dinggenossenschaftlichen‹ Urteilsfindung ein anderes Prinzip vor. Im Zusammenstoß zwischen der hochentwickelten schriftlichen Rechtskultur des späten Rom mit den archaischen Gebräuchen einer frühen Gesellschaft, gelang es letzterer, wie Jürgen Weitzel es ausdrückt, »ihre von staatlich-obrigkeitlichen Zwangselementen freie ›primitive‹ Rechtsvorstellung selbst gegenüber dem absolutistisch-bürokratischen Vorbild der Spätantike zu behaupten«[17]. Das Fehlen eben dieser Monopolisierung obrigkeitlichen Zwangs – nicht jeglichen gerichtlichen Zwangs schlechthin – läßt die Vorstellung, an einen ›zu Recht erkennenden‹ Richterspruch, der zugleich Subsumtion unters allgemeine Gesetz und individuelle Norm wäre, habe sich in irgendeiner Form ein Exekutionsverfahren zur Durchsetzung des Urteils durch eine von den Parteien unabhängige neutrale ›staatliche‹ Instanz an-

17 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 12. »In der Welt der barbarisch-germanischen *gentes*, die erst in und nach der Völkerwanderung historisch greifbar wird, treffen wir auf eine Gemengelage von hergebrachten ›germanischen‹ Rechtsgewohnheiten und römischen, in die spätantik-lateinische Schriftkultur eingebetteten Rechtsvorstellungen. Alle wesentlichen Elemente der politisch-sozialen Existenz sind durch beide Komponenten bestimmt.« E. Wadle – Frieden, Zwang, Recht, S. 550. Kritik an dieser Auffassung des Übergangs von der Antike zum Mittelalter bei W.E. Voß – Vom römischen Provinzialprozeß der Spätantike zum Rechtsgang des frühen Mittelalters, S. 76 f. (mit Gegenkritik wiederum von J. Weitzel – Die Bedeutung der Dinggenossenschaft für die Herrschaftsordnung, S. 356), oder auch C. Schott – Zur Geltung der Lex Alamannorum, S. 97: »Recht und Gesetz gehören zu den kultiviertesten Schöpfungen des Römischen Reiches. Dies ist folgenschwer für die Begegnung der germanischen Völker mit Rom insofern, als hier weniger zwei verschiedene Rechtskonzeptionen miteinander konfrontiert werden, sondern vielmehr die römische Rechtsidee eine germanische überhaupt erst begründet hat.«; bzw. daß die barbarischen Völker (wie von Schott am Beispiel der Burgunder erläutert wird) »an der Massstäblichkeit des römischen Rechts, das gleichsam als Katalysator wirkte, entsprechende Teile ihres eigenen sozialen Systems als ›Recht‹ verstehen und definieren lernten.« (ders. – Traditionelle Formen der Konfliktlösung in der Lex Burgundionum, S. 939); vgl. zu letzterem die Replik von Gerhard Dilcher: »Dieses ›Recht‹ stellt aber, als teilweise in *mores* und *consuetudines* bestehend, etwas anderes dar als das Recht des römischen Reiches […] Auch vom sog. Vulgarrecht unterschied es sich – zumindest zunächst – in Struktur und Inhalt. Wir müssen also hier mit dem Eintritt einer normativen Vorstellungswelt anderer Qualität rechnen.« (G. Dilcher – Leges, Gentes, Regna: Fragen und Probleme, S. 37.) Dilcher unterstreicht, daß »die ›neuen Völker‹ offenbar normative Ordnungsvorstellungen von Verwandtschaft, Ehe, Familie, Erbgang, Boden- und Sachbesitz, wie auch von Konfliktaustragung und Konfliktschlichtung mit sich [brachten]« (a.a.O. S. 36), die als »Lebenswirklichkeit«, wenn auch nicht als »ausdifferenziertes Recht« (a.a.O. S. 37) existierten. Im übrigen spricht er sich für eine Synthese römischer und germanischer Elemente schon in der Wanderphase aus: »Das germanische Verständnis des Verhältnisses von Person und Familienverband und Erbgang zum Bodenbesitz konnte ja durchaus in ein von den Römern übernommenes System [der Militärorganisation und militärischen Landzuteilung] implantiert werden.« G. Dilcher – Zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte der mittelalterlichen Rechtskultur, S. 617.

geschlossen, leicht zum Anachronismus geraten. Hanna Vollrath zeichnet von dieser frühen Gerichtsbarkeit folgendes Bild:

»In der Karolingerzeit führten der Graf und seine Unterbeamten als Vertreter des Königs den Vorsitz im öffentlichen Gericht, aber sie waren nicht die Richter, denn das karolingische Rechtswesen stand noch ganz im Zeichen der Selbsthilfe. Es gab keinen allgemeinen Rechtsschutz des Staates, ein Rechtsbruch war Angelegenheit der schädigenden und der geschädigten Partei [...] Die geschädigte Partei konnte für den Rechtsbruch Rache üben – also eine Fehde führen – oder aber vom Schädiger eine Bußsumme annehmen und damit auf die Fehde verzichten. Der König als die öffentliche Gewalt beschränkte sich darauf, die Fehden durch Kontrolle, Ausdehnung und Regelung der Bußverfahren zurückzudrängen.«[18]

Gleichwohl läßt sich ein Gericht ganz ohne eigene Zwangsbefugnis nicht vorstellen, und es stellt sich daher die Frage: Was bedeutet im Umkreis frühmittelalterlicher Verhältnisse ›Urteil‹ und was meint ›Rechtszwang‹?

Die Antwort auf diese Frage muß von einer wesentlichen Einsicht der Rechtsgeschichte ausgehen: Die »Trennung von Urteil (Recht, Rechtsfindung) und Gebot (Rechtszwang) ist die für das fränkisch-deutsche Recht kennzeichnende Struktur«[19], heißt es bei Weitzel, der damit die wohl herrschende Ansicht ausspricht. Zunächst klingt das nicht befremdlich, ist doch auch heute im Zivilprozeß das materielle Urteil des Richters prozessual vom Exekutionsverfahren getrennt. Die in Rede stehende Trennung meint aber anderes, nämlich daß die Abgabe des Urteils, d.h. die in der Zuweisung der Beweiserfordernisse verborgene mittelbare Feststellung der materiellen Rechts- und auch Sachlage[20], nicht Aufgabe des Richters ist, sondern eines eigenen Kreises von Urteilern, unter denen bis ins 8. Jahrhundert zwar auch der Richter

18 H. Vollrath – Herrschaft und Genossenschaft im Kontext frühmittelalterlicher Rechtsbeziehungen, S. 61.

19 J. Weitzel, a.a.O. S. 88.

20 Formalistischer akzentuierte Auffassungen des Bußprozesses (z.B. bei Karl Kroeschell) stellen in Abrede, daß es überhaupt so etwas wie einen materiellrechtlichen Gehalt in diesem Verfahren gegeben habe, der zu thematisieren gewesen wäre. Der Prozeß sei »mitnichten darauf gerichtet, ein vom modernen Standpunkt aus erwartetes Ergebnis zu erbringen. Man muß sich zunächst einmal von dem Gedanken freimachen, daß der Prozeß nur ein Hilfsmittel für die Durchsetzung materieller Ansprüche darstellt, und man hat sich vertraut damit zu machen, daß die historische Entwicklung umgekehrt, nämlich vom Verfahren zum materiellen Recht verläuft. [...] Entsprechend besteht dieser Prozeß aus formalen Stationen, die letztlich zu einem Resultat führen, das sich mit der materiellen Berechtigung der Klage gar nicht befaßt.« C. Schott – Zur Geltung der Lex Alamannorum, S. 89.

bzw. der König zu finden sind[21], aber nicht in ihrer Eigenschaft als Gerichtsvorsitzende, sondern in ihrer Position als Rechtsgenossen: »Die ungelehrten Urteiler sind Genossen der Parteien. Der Richter ist im Prinzip auf Vorsitz, Verhandlungsführung und Vollstreckung des Urteils beschränkt. Für diese Entscheidungsstruktur setzt sich zunehmend der Begriff ›Dinggenossenschaft‹ durch«[22].

Mit Zwangsbefugnis verbundener Gerichtsvorsitz und Urteilsfindung sind institutionell getrennt[23]. Damit wird zugleich deutlich, daß der Rechtszwang und der im Urteil fixierte normative Gehalt verschiedene Wurzeln haben. Zielt ersterer ab auf so etwas wie eine Einigung überhaupt, einen Ausgleich, der Frieden schafft, verweist letzterer auf ein weites Feld unvordenklicher nur anlaßbezogen im gerichtlichen Forum artikulierter Gewohnheiten, die als Recht zu qualifizieren die gerichtsförmige Erörterung nahelegt[24]. Jedenfalls kann die Trennung von Urteil und Gebot »als Ausdruck eines qualitativen Unterschiedes zwischen mittelalterlichem Recht und neuzeitlich-staatlichem Gesetzesrecht verstanden [werden]«[25]. Diese Differenz hat gravierende Auswirkungen auf die rechtliche Qualität des Urteils und vermittelt durch

---

21 Zur Funktion der Urteiler J. Weitzel – Die Formel consilio et iudicio im Lichte des fränkisch-deutschen Urteilsverständnisses, S. 580. Weitzel nimmt weiters die Mitwirkung des Richters am Urteil bis ins 8. Jahrhundert als wesentliches Ergebnis seiner Forschungen über die dinggenossenschaftliche Rechtsfindung nördlich der Alpen an; ders. – Dinggenossenschaft und Recht, S. 218. Zu bedauern ist, daß eine wirklich ausführliche, den Umfang seiner Arbeit würdigende Auseinandersetzung mit den Thesen Weitzels in der Forschung bisher unterblieben ist; vgl. G. Dilcher – Zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte der mittelalterlichen Rechtskultur, S. 619.

22 J. Weitzel – Versuch über Normstrukturen und Rechtsbewußtsein im mittelalterlichen Okzident (450–1100), S. 377; vgl. auch G. Köbler – Richter, richten, Gericht, S. 108; Der Begriff ›Dinggenossenschaft‹ findet sich eingeführt bei Max Weber, ders. – Wirtschaft und Gesellschaft, insbes. S. 450 ff.

23 »Das deutsche Gerichtsverfahren durchläuft folglich drei Phasen: *consilium*, *iudicium* und *iussum*. Die Formel *consilio et iudicio* erfaßt nur die ersten beiden, nicht auch die dritte, den ›Richterspruch‹ oder das Gebot.« J. Weitzel – Die Formel consilio et iudicio im Lichte des fränkisch-deutschen Urteilsverständnisses, S. 586. Zu Weitzels Urteilsauffassung (insgesamt kritisch) K. Nehlsen-v. Stryk – Zum ›Justizbegriff‹ der rechtshistorischen Germanistik, S. 219 f.: »Die Trennung von Urteilsbefugnis und Gebotsrecht […] wird Weitzel zum grundlegenden Prinzip nicht nur mittelalterlicher Gerichtsbarkeit, sondern mittelalterlicher Sozialstruktur überhaupt, von dessen Boden aus er zu einer Umdeutung des von der sog. modernen Verfassungsgeschichte so sehr favorisierten Herrschaftsbegriffs gelangt. […] Die Geschlossenheit der Konzeption ist freilich auch hier erreicht durch Abstrahieren von konkreten sozialen Gegebenheiten. […] Es stellt sich die Frage, ob diese dinggenossenschaftliche Rechtsfindung nicht in stärkerer Wechselbeziehung mit machtpolitischen Verhältnissen gesehen werden müßte […].«

24 Diese Charakterisierung läßt selbst dann noch sich rechtfertigen, wenn das Verfahren bar aller materiellrechtlichen Erörterung auf die Zuweisung prozessualer Beweispflichten sich beschränkt (Kroeschell).

25 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 89.

dieses auch auf den Rechtsbegriff selbst: das Urteil ist Überzeugung und gemeinsame Rechtsansicht der im Ding versammelten Rechtsgenossen der Parteien und nicht herrschaftlich-obrigkeitlicher Befehl des Richters[26]. Das Urteil ist »Rechtsaussage, Rechtszeugnis und Rechtsmeinung«[27], es belehrt, gibt Auskunft, aber es entscheidet nicht und beendet nicht den Prozeß[28].

Die eigentliche Rechtsdurchsetzung nach gefundenem Urteil – oder doch zumindest die essentielle Mitwirkung daran – blieb den Streitparteien überlassen, wie diese überhaupt das Verfahren insofern beherrschten, als der eigentlich streitbeilegende Akt (das *finire*) in einer entsprechenden Übereinkunft der Parteien zu suchen ist, deren spätere Befolgung vom Richter in dessen Gebot *(iussum)* angeordnet wird: »Erst durch das Gebot des Richters wird das im Urteil konkretisierte Recht zum Rechtsbefehl«[29]. Die Bußzahlung ist nur indirektes Ergebnis des Verfahrens (Urteils) ver-

---

26 A.a.O. S. 23. Viele Schwierigkeiten, mittelalterliche Rechtsverhältnisse angemessen zu verstehen, »beruhen auf einem anachronistischen Verständnis von Urteil und Gebot, das in ihnen stets die ›staatliche‹ Entscheidung und die Verkündung oder das Inkraftsetzen einer solchen Entscheidung sieht«. A.a.O. S. 216. Anzumerken ist an dieser Stelle, daß, was die Stellung des Richters und seine Bindung an Schriftrecht angeht, im Frühmittelalter regional differenziert werden muß: für Italien, Spanien und Südfrankreich wird nämlich von der Forschung das Fortbestehen von urteilendem Einzelrichtertum auf der Basis schriftlicher Rechtstradition nach antikem Vorbild angenommen, so daß »danach Europa in einen südlichen Bereich des grundsätzlich autoritativen Schriftrechts und einen nördlichen Bereich der grundsätzlich genossenschaftlichen Rechtsgewohnheit geschieden ist«. J. Weitzel – Die Konstituierung der Gemeinde aus der Rechtstheorie, S. 168; siehe auch ders. – Dinggenossenschaft und Recht, S. 338 u. 478.

27 A.a.O. S. 240; so schon ders. – Die Formel consilio et iudicio im Lichte des fränkisch-deutschen Urteilsverständnisses, S. 581.

28 »Das Wort ›Urteil‹ hat denn auch in germanischer Zeit, ja noch im Mittelalter, einen anderen Inhalt als heute, wo es primär einen zwingenden und vollstreckbaren Leistungsbefehl enthält. Ursprünglich ist es nichts als die von den Rechtsgenossen im Ding, im Gericht, gefundene Aussage über die Rechtslage, die Feststellung des in dieser Lage zu beachtenden Rechts. […] Es begnügt sich damit festzustellen, welche Partei ›nach Recht‹ ihre Darstellung durch Eid zu ›beweisen‹ hat, und was Rechtens ist, wenn sie den Eid geleistet hat bzw. wenn sie den Eid nicht leistet. Damit ist dieses zweizüngige Urteil nicht bloß ein bedingtes, sondern eigentlich auch ein hypothetisches. Das germanische Urteil ist reine Rechtsweisung.« W. Ebel – Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, S. 15.

29 J. Weitzel – Über Oberhöfe, Recht und Rechtszug, S. 31. »Im merowingischen Königsgericht ist die *causa* grundsätzlich mit dem Abschluß des Urteilserfüllungsvertrages *finita*. Handlungen des Richters und der Urteiler können zum *finire* nur über Parteiakte eine Beziehung herstellen.« J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 315; siehe auch a.a.O. S. 879 u. 883: »Die Parteien bringen also die Lösung im wesentlichen selbst zustande. Unter sozialem Einigungsdruck und mittelbarem Rechtszwang schaffen sie einander Recht. Die endliche Beilegung des Streites war in besonderer Weise eine Angelegenheit der Parteien.«; weiters ders. – Gewohnheitsrecht und fränkisch-deutsches Gerichtsverfahren, S. 71 f.: »Das fränkische Gerichtsverfahren ist aus dem Sühneverfahren zwischen den Parteien hervorgegangen. Im

mittelt durch das Urteilserfüllungsgelöbnis des Beklagten[30], also insbesondere keine obrigkeitlich verhängte ›Strafe‹[31]. Das richterliche Gebot entscheidet nicht den Fall – so wenig wie das vorangehende Urteil –, sondern es bezieht sich auf die künftige Einhaltung einer gegebenen (bzw. als gegeben vereinbarten) Rechtslage[32], die Ergebnis der Parteienübereinkünfte unter Anleitung der Urteiler in ihrer Funktion als ›Wegweiser‹ im förmlichen Verfahren ist. Das Gebot hat reinen auf Friedenswahrung ausgerichteten Ordnungscharakter, es sichert den nach dem Urteil (und Urteilsgelöbnis) eingetretenen »befristeten Friedenszustand«[33]. Überhaupt ist die herrschaftli-

Sühneverfahren bestimmten letztlich die Parteien, was Recht war. Daran änderte sich auch nichts, als das Sühneverfahren mit autoritativen Elementen aus der Gewalt des neuen Großkönigs angereichert wurde. Nur der Druck auf die Streitenden wurde verstärkt, nicht aber änderte sich die Art und Weise der Verbindlichkeit der Regelung. Die Parteien mußten die Erfüllung des Urteils der Rachinburgen, das ist deren Regelungsvorschlag, geloben. Taten sie das nicht, so konnte eine Entscheidung in der Sache nicht getroffen werden.« Ähnlich heißt es bei K. Kroeschell – Deutsche Rechtsgeschichte I, S 44: »[…] die Verpflichtung zur Bußzahlung wird dagegen nicht durch diesen Urteilsspruch begründet, sondern bedarf noch immer eines Vertrages oder doch eines Gelöbnisses des Täters und es bleibt noch lange ein schwieriges Problem, den Täter erst zu diesem Gelöbnis und dann zu dessen Einhaltung zu bewegen.« Bei D. Werkmüller – Per pugnam probare, S. 382, heißt es dazu: »Grundlage der Urteilserfüllung ist jedoch nicht das Endurteil, sondern sind die von den Parteien bei Einleitung des Verfahrens eidlich bekräftigten Erklärungen. […] Das Urteil ist kein Leistungsbefehl.«

30 »[…] forderte das Urteil im altfränkischen Sühneprozeß vom Beklagten nicht unmittelbar Zahlung der Buße (oder Leistung des Beweises), sondern Ablegung einer fides facta. Dieses Erfüllungsgelöbnis aber war der Sühnevertrag, auf dessen Abschluß das gerichtliche Sühneverfahren hinzielte. […] Mit dem Sühnegelöbnis (und dem korrespondierenden Friedensgelöbnis) trat nun an die Stelle des Fehdezustandes bzw. der gesetzlichen Bußschuld, dieser Folgen nach ›Recht‹, eine rechtsgeschäftlich begründete, mit selbstgesetzter Verhaftung des Täters ausgestattete Schuld des Täters.« H.-R. Hagemann – Fides facta und wadiatio, S. 13 f. Zum Zusammenhang von *fides facta* und Urteilserfüllungsgelöbnis siehe K. Kroeschell – Die Treue in der deutschen Rechtsgeschichte, S. 175.

31 »Nicht Bestrafung von Schuld, sondern Ausgleich der Tat *(compositio)* ist also das Ziel.« G. Dilcher – Fehde, Unrechtsausgleich und Strafe im älteren langobardischen Recht, S. 33. »Die Strafe ist – in Abgrenzung zur Buße – eine von Trägern des Rechtszwanges als Organen der Öffentlichkeit wegen eines begangenen Unrechts verhängte Sanktion.« J. Weitzel – Vorverständnisse und Eckpunkte in der Diskussion um ein frühmittelalterlich-fränkisches Strafrecht, S. 542.

32 »Das […] königliche Gebot ist nicht etwa ›Urteil‹, also Entscheidung, sondern der Befehl, das im Verfahren von den Parteien erzielte Ergebnis künftighin allgemein zu beachten.« J. Weitzel – Die Bedeutung der Dinggenossenschaft für die Herrschaftsordnung, S. 352. Die Gerichtsurkunden »nehmen ganz überwiegend die Form eines in die Zukunft gerichteten Befehls an, eine bereits geschaffene Rechtslage zu beachten. Das Gebot sichert und bekräftigt eher als daß es gestaltete.« Ders. – Dinggenossenschaft und Recht, S. 324; siehe auch a.a.O. S. 917. Dazu auch G. Dilcher – Die Zwangsgewalt und der Rechtsbegriff vorstaatlicher Ordnungen im Mittelalter, S. 124 ff.

33 K. Kroeschell – Die Treue in der deutschen Rechtsgeschichte, S. 176.

che Gewalt über das Gericht als Ausgleichsmechanismus nicht Ausdruck souveräner Verfügung über Recht und Rechtsanwendung, sondern Ausfluß der um *pax et iustitia*[34] bemühten allgemeinen Friedens- und Ordnungsaufgabe des mittelalterlichen Königs[35]: »Die Funktion königlicher oder fürstlicher Rechtsprechung läßt sich zutreffend nur verstehen, wenn man sie bezieht auf das Bemühen, eine Versöhnung der Streitparteien zu ermöglichen oder zu erzwingen«[36]. Diese Stellung zum Recht ist die Kehrseite der sozialen ›Funktion‹ des gerichtlichen Verfahrens selbst: Der »Prozeß ist primär Konfliktbegrenzung und daraus folgend Konfliktbewältigung«[37].

Das Gebot indiziert besondere Herrschaftsnähe und findet sich vorerst nur im Königsgericht, erst später gelangt es von dort ins Volksgericht[38]. Der im Gericht zu Tage tretende Rechtszwang ist – nach dem Gesagten nicht überraschend – darum auch vorwiegend prozessualer Natur[39], er tritt spezifisch als »Gerichtszwang, das *ius distrigendi*«[40], in Erscheinung, näherhin als Ladungszwang, Einlassungszwang, Zwang zur Unterwerfung unter das Urteil und Vollzugszwang[41]. Ursprünglich er-

---

34 »*Pax et iustitia* wird, anknüpfend an Augustinus, zur weihevoll aufgeladenen Paarformel, zum Inbegriff irdischen, transzendental verankerten Wohlergehens und damit zur Rechtfertigung von Herrschaft, die nur als Königsherrschaft gedacht werden kann.« H. Vollrath – Die deutschen königlichen Landfrieden und die Rechtsprechung, S. 592.

35 »Die Wahrung von *pax* und *iustitia* ist ein Programm, das jede Herrschaft bindet, und da diese im Mittelalter nicht abstrakt, sondern personal verstanden wird, obliegt sie dem König.« R. Große – Der Friede in Frankreich bis zur Mitte des 12. Jahrhunderts, S. 78. »Der mittelalterliche König verstand sich selbst als rex iustus, als Wahrer von pax et iustitia, weniger als politischer Gestalter wie ein moderner Politiker. Seine Handlungsspielräume sind also in besonderer Weise von normativen Vorgaben des Rechts bestimmt.« G. Dilcher – Die staufische Renovatio im Spannungsfeld von traditionellem und neuem Denken, S. 617. Vgl. weiters R. Kaiser – Selbsthilfe und Gewaltmonopol, S. 56 ff.; S. Weinfurter – Herrschaft und Reich der Salier, S. 86 ff.; H. Keller – Die Idee der Gerechtigkeit und die Praxis königlicher Rechtswahrung im Reich der Ottonen, S. 100 ff.

36 H. Keller, a.a.O. S. 102; im Text weiter: »Sowohl beim Gerichtsurteil wie beim vermittelten Frieden geht es aber nicht nur um die Entscheidung über Recht und Unrecht. Zwar spielt in den Augen der Zeitgenossen durchaus eine Rolle, von wem die ersten offenen Unrechtshandlungen ausgegangen sind, wenn es einen Konflikt beizulegen gilt. Aber der Ausgleich muß mehr berücksichtigen. Was als *iniuria* oder *offensio* empfunden und damit zum Anlaß von Konflikten wird, umfaßt viel mehr als die justiziable Rechtsverletzung.«

37 C. Schott – Zur Geltung der Lex Alamannorum, S. 90.

38 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 882 ff.und S. 934 f.

39 »Das konsensgetragene normative Gefüge […] bestand vor allem in Verfahrensregeln. Sie betrafen Ladung zum Gericht, Ort und Zeit des Gerichts, Hegung und Eröffnung und die gebotene Friedenspflicht.« G. Dilcher – Bildung, Konstanz und Wandel von Normen und Verfahren im Bereich mittelaterlicher Rechtsgewohnheit, S. 192.

40 G. Dilcher – Recht ohne Staat, Rechtsdurchsetzung ohne Staat?, S. 145.

41 »Das Gericht integriert Herrschaft und Genossenschaft. […] Selbstbestimmt ist nur die Aussage über

streckte sich der Zwang überhaupt nur auf den Vollzug eines eidlich gegebenen Leistungsversprechens, was das Hervorgehen des Gerichts (auch) aus freiwilligen Sühneverhandlungen nur unterstreicht: »Je mehr wir zeitlich zurückgehen, desto mehr entspricht das gerichtliche Verfahren der Fehdesühne und um so größere Bedeutung kommt den streiterledigenden Akten der Parteien für das finire zu«[42] – »Das einzelne Gericht entstand dadurch, dass der Graf als Repräsentant des königlichen Rechtszwanges in ein bereits bestehendes Gremium von Sühnemittlern eintrat«[43]. Zwangselement und thematisierter Rechtsinhalt (Urteil) bleiben oppositionelle Momente im Verfahren. Gerhard Dilcher spricht (im Zusammenhang mit dem langobardischen Recht) darum auch von der »Autonomie des Sühneausgleichs«[44] bzw. der »autonome[n] Ausgleichsordnung der Verwandtschaftsverbände«[45], die die königliche Zwangsgewalt im Gericht limitiert; der König kann z.B. »bei der Tötung von Freien die Höhe des Wergeldes nicht vorschreiben«[46].

Ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Zwangsgewalt und Urteilsvollstreckung fehlt also; nach allgemeiner Auffassung hatte das Gericht »nicht die Gewalt, das im Urteil gefundene Recht im Wege einer Zwangsvollstreckung durchzusetzen. […] Durch Androhung der Acht für den Weigerungsfall wirkte die Rechtsgemeinschaft bzw. das Königtum aus dem Bemühen um Friedenswahrung auf das Zustandekommen dieses Erfüllungsvertrages hin«[47]. Die Wurzeln des gerichtlichen Zwanges liegen somit in der zur genossenschaftlichen Komponente hinzutretenden herrschaftlichen Intensivierung des Verfahrens zur Verbesserung der Nachhaltigkeit des Verhandlungsergebnisses: »Das Gerichtsverfahren ist im Kern eine durch Zwangs-

den Inhalt des Rechts als solche. Bereits die Einberufung der Gerichtsversammlung geht grundsätzlich vom Herrschaftsträger aus. Er übernimmt den Vorsitz in der Versammlung, leitet sie, gebietet das von den Rechtsgenossen gefundene Urteil und sorgt gegebenenfalls mit Zwang für dessen Durchsetzung.« J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 466. Zu beobachten ist dabei eine »Entwicklung, in der das fränkische Königtum zunehmend Bannbußen (bannum regis, bannum comitis), also echte Strafgelder wegen Mißachtung eines obrigkeitlichen Ge- oder Verbotes, festsetzte und einhob«. Ders. – Vorverständnisse und Eckpunkte in der Diskussion um ein frühmittelalterlich-fränkisches Strafrecht, S. 541.

42 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 315.

43 J. Weitzel – Die Bedeutung der Dinggenossenschaft für die Herrschaftsordnung, S. 356. »Die Entstehung der Bußgerichtsbarkeit zwischen Chlodwig und Karl dem Großen aus einer Fortentwicklung der archaischen Sühnemittlung kann als erwiesen gelten.« J. Weitzel – Strafe und Strafverfahren bei Gregor von Tours und in anderen Quellen der Merowingerzeit, S. 115. Siehe zum Nachweis F. Beyerle – Das Entwicklungsproblem im germanischen Rechtsgang, z.B. S. 280 zum Sühnezwang.

44 G. Dilcher – Fehde, Unrechtsausgleich und Strafe im älteren langobardischen Recht, S. 33.

45 A.a.O. S. 34.

46 A.a.O. S. 33.

47 H.-R. Hagemann – Fides facta und wadiatio, S. 5.

elemente angereicherte Sühneverhandlung, nicht durch Kampfesregeln gemilderte Fortsetzung der blutigen Fehde innerhalb der Gerichtsschranken«[48].

Der von der Herrschaft getragene Zwang im Bußverfahren tritt historisch so spät in Erscheinung, daß er in den germanisch geprägten Gebieten nördlich der Alpen nicht zum intrinsischen Gehalt des Urteils gehört; das macht einen Hauptunterschied zum modernen Urteilsbegriff aus, von dem der Zwangscharakter schwer sich wegdenken läßt, wenn auch – streng genommen – im modernen Prozeß das Urteil nur den Titel im nachfolgenden unabhängigen Exekutionsverfahren darstellt. Der im weiteren Verlauf des Mittelalters zu verzeichnende Prozeß des ›Näherrückens‹ von Urteil und äußerem Zwang wird für Weitzel darum geradezu zum Indikator für zunehmende Modernität der Verhältnisse[49]. Franz Beyerle, auf dessen Arbeit von 1915 über *Das Entwicklungsproblem im germanischen Rechtsgang* die gegenwärtige Forschung immer noch sichtbar aufbaut, geht dabei von einem kontinuierlichen Übergang zwischen drei Phasen der Gerichtsentwicklung aus: Dominieren in der ersten Phase Sühneverhandlungen und Parteiverträge, so herrscht nach einer zweiten Phase, in der es dem Richter gelingt, zum unumgänglichen Mittelsmann zu werden, in der dritten Phase gerichtlicher Offizialbetrieb[50]. Im Anschluß an Beyerles dessen eigene Epochengliederung relativierende Bemerkung, daß »die Praxis, wie sie in den Gerichtsurkunden sich darbietet, ein buntes Nebeneinander aller drei Phasen [zeigt]«[51], wird bei Jürgen Weitzel Beyerles Résumé fortschreitender ›Staatlichkeit‹ im Verfahren zu einem Modell der komplexen Gemengelage archaischer und moderner Elemente, also eines Nebeneinanders und Ineinanderverschränktseins der drei Phasen, ausgebaut.

Die verschiedenen Formen des ›Rechtszwanges‹, von denen hier andeutungsweise als vom Herrschaftsträger ausgehendes Gebieten *(iubere)* die Rede war, vermögen in ihrer Gesamtwirkung keine allgemeine Gerichtspflicht für Streitparteien zu konstituieren. Niemand ist schlechthin gezwungen, bei gewaltsamen Auseinandersetzungen das Gericht anrufen zu müssen. Es bleibt immer die Möglichkeit, das Gericht zu

48 J. Weitzel – Gerichtsöffentlichkeit im hoch- und spätmittelalterlichen Deutschland, S. 71. Es findet sich in der Literatur auch die genau entgegengesetzte Charakterisierung, z.B. (im Zusammenhang mit dem Recht nordischer Länder) bei Klaus von See: »Überhaupt war das ganze Gerichtsverfahren [...] nichts anderes als ›eine stilisierte Fehde‹.« Ders. – Selbsthilfe und öffentlicher Strafanspruch im mittelalterlichen Norden, S. 379.

49 »Die Existenz von Rechtszwang kennzeichnet Recht und Gericht, die Art und Weise des Wirksamwerdens von Rechtszwang entscheidet über die ›Fortschritte‹ auf dem Weg zur modernen Staatlichkeit.« J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 27.

50 F. Beyerle – Das Entwicklungsproblem im germanischen Rechtsgang, S. 362 f.

51 A.a.O. S. 363.

umgehen und sich ›privater‹ Formen der Streitschlichtung und Rechtsverschaffung zu bedienen, oder als Kehrseite davon: Es besteht kein effektives Gewaltmonopol des die Gerichtsbarkeit organisierenden Königs[52]. Die Streitparteien können im Konfliktfall auch auf Vermittlung und Sühneverhandlungen setzen oder schlicht weiterhin Gewalt üben, die als Fehde rechtlich strukturiertes und legitimiertes Vorgehen bleibt. Nicht einmal auf dem Höhepunkt ›karolingischer Staatlichkeit‹[53], als Karl der Grosse einen allgemeinen Untertaneneid, den ›Kaisereid von 802‹, einführt, wird eine allgemeine Friedenspflicht im Sinne eines generellen Fehdeverbotes[54] etabliert. Wird das Gericht allerdings von einer Seite angerufen, dann besteht zumin-

---

52 G. Dilcher – Gewalt, Friede und Recht, S. 95. »Es fehlt im Mittelalter an moderner Staatlichkeit, an allgegenwärtiger Administration, an Strafverfolgungsbehörden, an ständigen, bürokratisch organisierten Gerichten, deren urteilendes Personal als Teil eines rechtlichen Zwangsapparates von den Gerichtsgenossen, die seit dem hohen Mittelalter nur punktuell und ganz allmählich zu Gerichtsunterworfenen werden sollten, abgehoben gewesen wäre. Es fehlte insbesondere die Verpflichtung der Urteilenden auf eine staatlich gesetzte Rechtsordnung.« J. Weitzel – Gerichtsöffentlichkeit im hoch- und spätmittelalterlichen Deutschland, S. 73.

53 Die gesetzten Anführungszeichen tragen der begründeten Skepsis hinsichtlich der Verwendbarkeit des Staatsbegriffs für vorneuzeitliche Verhältnisse, zumal des Mittelalters, Rechnung, wie sie z.B. Johannes Fried ausgesprochen hat: »Vom karolingischen ›Staate‹ zu sprechen, ist nicht allein ein terminologischer Anachronismus […], die Aussageweise impliziert ein Deutungsmuster, das – weil unangemessen – perspektivisch verzerrend wirkt […]«; ders. – Gens und regnum, S. 94 f.; zur Angemessenheit des Staatsbegriffs für die karolingische Zeit vgl. R. Deutinger – Königsherrschaft im Ostfränkischen Reich, S. 36.

54 »Der Treueeid enthält unter anderem die Pflichten, den königlichen Schutzbefohlenen kein Unrecht zuzufügen, das Recht nicht zu verkehren und die Gerechtigkeit zu fördern, doch keine allgemeine Friedenspflicht […] Hier sind offenbar Pflichten im Gericht, nicht aber eine umfassende Pflicht zum Gericht statuiert.« J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 141. Zu den Folgen des Bruchs dieses Eides siehe H.-R. Hagemann – Vom Verbrechenskatalog des altdeutschen Strafrechts, S. 40 f.; ders. – Vom Diebstahl im altdeutschen Recht. Zum Thema karolingischer Kaisereid P. Prodi – Das Sakrament der Herrschaft, S. 80 f.: »[…] das Mittel Eid wurde auf neue Weise verwendet, indem man es zu einer stabilen, universellen Institution zu machen, es externen Kontrollen zu entziehen und jede Art davon zu verbieten suchte, die eine alternative Herrschaft hätte hervorrufen können. Zuerst haben wir seit dem ›Capitulare missorum‹ von 786 oder 792 eine konsequente Serie von Kapitularien, in denen festgestellt wird, daß für das Reich ›sacramenta sunt necessaria‹, daß Bischöfe, Äbte Grafen und andere Würdenträger das Sakrament leisten, die *missi dominici* das ganze Volk zusammenrufen, jeder in seinem Sprengel, eingeschlossen die Priester, und mit Registrierung der Namen den Eid leisten lassen müssen. Die Wiederholung des Eides wird 802 nach der Kaiserkrönung Pflicht und erneut allen Untertanen über 12 Jahren auferlegt […]. Im zweiten allgemeinen Kapitular von 805 wird die Norm mit der später berühmten Formel bestärkt, die jeden Eid außer den dem Kaiser und dem unmittelbaren Herrn geleisteten verbietet.« Vgl. Th. Mayer – Staatsauffassung in der Karolingerzeit, S. 177 ff.; K. Kroeschell – Die Treue in der deutschen Rechtsgeschichte, S. 171; O. Hageneder – Das Crimen maiestatis, der Prozeß gegen die Attentäter Papst Leos III. und die Kaiserkrönung Karls des Großen, S. 67.

dest der Zwang zur Respektierung des geschaffenen Sonderfriedensbezirkes[55] inmitten einer ansonsten weiterbestehenden archaischen Welt aus Rache und Fehde, in der Recht – so man den wechselseitigen normativen Ansprüchen dabei Rechtsqualität zubilligen möchte – nur im Wege der Selbsthilfe und Selbstdurchsetzung behauptet werden konnte und der Einzelne Schutz primär durch die eigene Verwandtschaft oder andere prototypische politische Einheiten aus Freunden und Getreuen[56] zu gewärtigen hat[57]. Das Gericht stellt so im Frühmittelalter im Verbund mit dem die Volksrechte dominierenden Kompositions- und Bußsystem zwar einen wesentlichen Schritt zur Verrechtlichung und Überwindung der Fehde dar (»Die Begünstigung des Rechtsweges durch die *leges* ist unverkennbar«[58]), hat aber – wohl weil die zur effektiven Beseitigung notwendigen Herrschaftsinstrumente nicht ausgebildet waren – nicht zu deren Verschwinden geführt[59]. Noch im 15. Jahrhundert wird rechtmäßig – sogar und gerade auch gegen den König – Fehde geführt[60].

55 G. Dilcher – Fehde, Unrechtsausgleich und Strafe im älteren langobardischen Recht, S. 39. Zur Klarstellung siehe auch J. Weitzel – Rezension zu ›G. Althoff, Spielregeln der Politik im Mittelalter‹ und zu ›G. Althoff, H.-W. Goetz, E. Schubert (Hrsg.), Menschen im Schatten der Kathedrale‹, S. 692 ff. Die Schaffung von begrenzten Friedensräumen ist das Äußerste, was das Mittelalter an territorialer Souveränität aufzubieten vermag; auch der städtische Markt ist ein Beispiel für einen derartigen Sonderfriedensbezirk: »Die Kaufleute bilden zweifellos den Gerichtsstand um den Marktrichter und wenden privilegiertes kaufmännisches Gewohnheitsrecht an; der Markt selbst ist ein besonderer Friedensbezirk, das Marktereignis steht wie Hin- und Rückreise unter Königsschutz.« G. Dilcher – Stadtherrschaft oder Kommunale Freiheit, S. 37.

56 G. Althoff – Verwandte, Freunde und Getreue.

57 »Dem (nur) zweiseitigen oder vertragsähnlichen, eben konsensual-konkreten Charakter des schriftlosen Rechts entspricht die Erscheinung der Fehde als einer vom Recht gebilligten und späterhin auch gestalteten Einrichtung.« J. Weitzel – Gewohnheitsrecht und fränkisch-deutsches Gerichtsverfahren, S. 75. Vgl. F. Beyerle – Das Entwicklungsproblem im germanischen Rechtsgang, S. 205.

58 E. Wadle – Frieden, Zwang, Recht, S. 552.

59 »Denn das ganze Bußwesen vollzieht sich ja, wenn auch unter Aufsicht der königlichen Gerichtsbarkeit und unter dessen Beteiligung an den Bußgeldern, als Ausgleich innerhalb der freien Sippen, und es bleibt deutlich, daß Blutfehden wie gewaltsame Auseinandersetzungen ihren Platz behalten.« G. Dilcher – Friede durch Recht, S. 216; »Der Frieden war nicht rechtlich garantiert, weil die Kraft des Rechts (des Gerichtsschutzes) nach der Erfahrung der Menschen zum Ausschluß der Fehde nicht hinreichte. Erst die (Reichs-)Landfrieden haben allmählich eine allgemeine und auf Dauer gestellte Friedensvorstellung durchgesetzt.« J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 142; »Der Fehdegang stand aber damit, zumindest für den Adel, bis zum Ende des Mittelalters weiterhin als legitime, gewaltsame Form des Austrags von Konflikten neben dem Rechtsgang, also dem Prozeß vor einem Gericht.« G. Dilcher – Gewalt, Friede und Recht, S. 96. Vgl. H. Keller – Die Idee der Gerechtigkeit und die Praxis königlicher Rechtswahrung im Reich der Ottonen, S. 100 f.

60 Für die spätmittelalterlichen Verhältnisse siehe O. Brunner – Land und Herrschaft. Zur Gestalt der Fehde im 10. u. 11. Jahrhundert H. Fichtenau – Lebensordnungen des 10. Jahrhunderts, S. 551 ff.

Jürgen Weitzel, dessen voluminöser Darstellung des gerichtlichen Verfahrens wir die Leitgedanken entnommen haben, insistiert in seiner Begriffsbildung ersichtlich auf die Verknüpfung von ›Recht‹, ›Gericht‹ und ›Rechtszwang‹, wenn er schreibt: »Wir definieren das Gericht durch die Einschaltung öffentlich-institutionell geübten Zwanges in die Streitregelung, der sich auf Zugriff auf die (körperliche, rechtliche, kultisch-religiöse) Integrität der Person und/oder der Güter (einer) der Parteien darstellt oder einen solchen Zugriff des Gegners als einen von der Gemeinschaft förmlich gebilligten ausweist«[61]; von Gericht kann nach ihm überhaupt nur gesprochen werden, wenn es in irgend einer Form mit Rechtszwang einhergeht, und es sei unstatthaft, in diesem Zusammenhang das »dinggenossenschaftliche Gericht als ›Richter‹ in einen fundamentalen Gegensatz zum staatlichen ›Gericht‹ zu bringen‹[62]. Es geht ihm um die Ausbildung einer die Übergänge und Entwicklungsstränge im Mittelalter adäquat beschreibenden Begrifflichkeit: ›Recht‹ ist ihm darum auf das engste mit dem Geschehen in der Urteilsfindung verknüpft, es »hat seinen Mittelpunkt im Gericht«[63]. Dennoch darf nicht übersehen werden, daß es auf einer in die Zeit ›vor‹ dem Gericht zurückreichenden konsensualen Basis ruht und das Gericht nur ein Mittel zur Wiederherstellung des Konsenses auf partiell befriedetem Boden ist; wo dies mißlingt, erhalten Selbsthilfe und Fehde wieder ihr Recht und ihren Platz im Gefüge[64]. Auf die Konsequenzen, die sich aus dieser Anbindung an ein wesentlich schriftloses Rechtsfindungs- und Rechtskonkretisierungsverfahren für den Rechtsbegriff ergeben, wird noch einzugehen sein.

Das Gericht und die damit angesprochenen Formen ›organisierten‹ Rechtszwanges haben über Jahrhunderte Bestand gehabt und auch gewaltvermindernd gewirkt, sie waren in ihrer Intensität jedoch viel zu schwach, um die Wirksamkeit des im Urteil ausgesprochenen (›gefunden‹) Rechts garantieren zu können, wie es die Rechtsdefinition Kollers verlangen würde. Ein Konnex zwischen Norm und organisiertem Zwang besteht nicht. Das Recht und dessen Verbindlichkeit, seine Kraft, das Zusammenleben zu strukturieren und zu ordnen, wird dem materiellen Inhalt nach von der Gerichtsverfassung vorausgesetzt und ist dem gesamten herrschaftlichen Zwangsapparat mit seinem vergleichsweise bescheidenen Ziel, den Frie-

---

61 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 464.

62 A.a.O. S. 470; vgl. auch J. Weitzel – Über Oberhöfe, Recht und Rechtszug, S. 21: »Gleichwohl scheint mir in der zumindest partiellen Deckungsgleichheit von Recht, Gericht und Urteil das allgemeine Rechtsverständnis einer Zeit, in der der Schrift unkundige Ungelehrte das Recht handhaben, wie in einem Brennpunkt zusammengefaßt.«

63 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 143.

64 A.a.O. S. 1345 FN 23.

den wenigstens im Verfahren zu sichern, gar nicht zugänglich. Ausgenommen sind hier nur Versuche, aus herrscherlicher Autorität ergänzendes generelles Gebotsrecht, d.h. ›Königsrecht‹ zu setzen, dessen Wirksamkeit aber der selektiven Transformation in Rechtsgewohnheit unterworfen war. Auch hier garantiert der Zwang nicht die Norm. Das Recht bleibt im Kern der Welt der Blutrache verpflichtet und bildet ein aus überkommenen genossenschaftlichen und rezipierten vulgärrömischen Elementen gebildetes Amalgam, das mündlich tradiert wird und ganz in der Gemeinschaft der Rechtsgenossen ruht und für seine Existenz, Wirksamkeit und materielle Stabilität des Gerichts als Institution im Grunde nicht bedurfte. Im Verfahren selbst drückt sich diese Selbständigkeit in der abgesonderten Urteilsfindung aus. Das System des gerichtlichen Zwanges verhält sich hiezu rein äußerlich und vermag eine Modifikation des Rechtsbegriffes allenfalls dahingehend herbeizuführen, daß eine Fehde jetzt nur mehr dann als ›rechtmäßig‹ angesehen wird, wenn der Gegner (oder das Gericht[65]) die gerichtliche Konfliktaustragung verweigert[66]. Es ist letztlich auch nicht Sinn und Zweck des gerichtlichen Zwanges, die Befolgung ›des Rechts‹ zu garantieren, sondern ein mit der Autorität und auch der *potestas* des Königs (oder anderer Gerichtsherren) ausgestattetes Instrument zur partiellen Friedensherstellung und Gewaltverminderung zur Verfügung zu stellen: »Im alten Recht ist es gar nicht Aufgabe des Gerichts, nachträglich festzustellen, was wirklich geschehen ist, sondern vor allem, darauf zu achten, daß die Kampfregeln eingehalten werden«[67]. Das Gericht überlagert damit die Schicht des in den Ausgleichsverhandlungen thematisierten (materiellen) Rechts, institutionalisiert diese in Verfahren mit herrschaftlichem Zwang, und im Zuge dieses Vorgangs mit seinem Gradienten zur Ausbildung echter Drittentscheidungen entsteht eine eigene Schicht gebotenen, im Gericht wirksamen, primär prozessualen Rechts[68]. Diese Schicht eigenständigen Gebotsrechts ist seiner

65 Insbesondere die Urteiler dürften sich mitunter verweigert haben.

66 »Fehde ist rechtens nur, wenn der gerichtliche Austrag vom Gegner verweigert wird, von dem oder den Herren nicht sichergestellt werden kann. Ist der Herr selbst der Gegner, verweigert er Gericht und dinggenossenschaftliches Urteil, so nehmen die Verletzten ihr Recht außergerichtlich wahr […]. Dinggenossenschaft und Fehde sind die Kehrseiten eines Verständnisses, das das Recht noch nicht in die Hand der Obrigkeit gegeben hat.« J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 143.

67 W. Ebel – Recht und Form, S. 17. Man kann mit Heinz Holzhauer auch formulieren, »daß es der Obrigkeit im Bußprozeß allein um die Beseitigung des Streites der Parteien und noch nicht um soziale Kontrolle gegangen ist« (H. Holzhauer – Zum Strafgedanken im frühen Mittelalter, S. 189). Normenbildung geschieht auf dieser Stufe im Wege selbstorganisierter Gewohnheitsbildung und noch nicht durch autoritative Setzung. Siehe auch H. Keller – Die Idee der Gerechtigkeit und die Praxis königlicher Rechtswahrung im Reich der Ottonen, S. 102ff.

68 Zur Vielfalt der Schichten im mittelalterlichen Recht G. Dilcher – Mittelalterliche Rechtsgewohnheit als methodisch-theoretisches Problem, S. 28.

Entstehung nach unabhängig von der immer präsenten Schicht der Rechtsgewohnheiten[69]. Der Ursprung ist ein politischer, d.h. er beruht auf Gewalt, Gewalt, die paradoxerweise den Frieden zum Zweck hat. Im Gericht kommt es zur Verklammerung beider Formen von Recht, da nur im Gericht Recht explizit artikuliert wird.

*Die Fehde als organisierte Gewalt und als Rechtszustand*

Wenn schon nicht das Gericht einen Zusammenhang von Recht und organisierter Gewalt i.S.d. rechtspositivistischen Doktrin herzustellen vermag, so bleibt doch die Möglichkeit zu prüfen, ob der gesuchte Konnex nicht in der außergerichtlichen Rechtsdurchsetzung zu finden sein könnte, namentlich in der Fehde. Es wird dazu die Deutung erfordert, die im Zuge von Fehdehandlungen Gewalt ausübenden Personen als rechtlichen ›Zwangsapparat‹ i.S.v. Max Weber zu begreifen, was auf den ersten Blick abwegig erscheinen mag, von Webers Begriffskonzeption des ›zwangsgarantierten Rechts‹ aber nicht ausgeschlossen wird:

> »Es stellt einen wichtigen solchen Grenzfall von zwangsgarantiertem ›Recht‹ dar, wenn seine Garanten nicht – wie in den modernen […] politischen Gemeinschaften durchweg – den Charakter eines ›Richters‹ oder anderen ›Organs‹, also prinzipiell eines *nicht* durch ›persönliche‹ Beziehungen mit dem Prätendenten des subjektiven Rechts verknüpften, vielmehr ›unparteiischen‹ und persönlich ›uninteressierten‹ Dritten haben, sondern wenn gerade umgekehrt *nur* die durch bestimmte nahe persönliche Beziehungen mit dem Rechtsprätendenten verknüpften Genossen, also z.B. seine ›Sippe‹, ihm die Zwangsmittel zur Verfügung halten, und wenn also, wie der ›Krieg‹ im modernen Völkerrecht, so hier die ›Rache‹ oder ›Fehde‹ des Interessenten und seiner Blutsfreunde die einzige oder normale Form zwangsweiser Geltendmachung subjektiver Rechte ist.«[70]

Der soziologische Begriff des organisierten Zwanges reicht also sehr weit und über den engeren Begriff des staatlich organiserten Rechtszwanges hinaus. Bemerkenswert an Webers Definition ist die intermediäre Stellung von Fehde und Blutrache zwischen Recht und Krieg.

---

69 Dem korrespondiert eine eigenständige Sanktionierung, beobachtbar z.B. im Langobardenrecht: »Totschlag aus Rache nach abgeschlossenem Sühnevertrag und Bußzahlung für Tötung oder Körperverletzung soll auf königlichen Befehl [»*iubemus*«] – also nicht aufgrund des Volksrechts – mit doppelter Buße [»*ut in dublum reddat ipsam conpositionem*«] gesühnt werden.« G. Dilcher – Fehde, Unrechtsausgleich und Strafe im älteren langobardischen Recht, S. 33; Für die eingefügten Zitate siehe Edictum Rothari, c. 143, ed. C. Azzara, S. Gasparri, S. 42.

70 M. Weber – Wirtschaft und Gesellschaft, S. 186. Zu Max Webers Begriff des ›Rechtszwangsapparates‹ J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 46 ff.

Fehde ist ihrem Wesen nach also nicht rohe Gewalt[71], sondern ›Kampf ums Recht‹ und zugleich ›Krieg im kleinen‹. Es ist immer verletztes Recht oder zumindest die Behauptung verletzten Rechts im Spiel. Neben diesem äußerlichen Rechtsbezug im Gedanken der Legitimation von Gewalt zur Wiederherstellung von Recht (analog zum aus einem gerechten Grund abgeleiteten *ius ad bellum*) gibt es auch einen inneren Bezug zum Recht (analog zum *ius in belli*), soweit die Fehde selbst rechtliche Regelung und Einhegung erfährt[72]. Im Zentrum steht jedenfalls die Verschränkung von *Gewalt*, *Recht* und *Rechtfertigung von Gewalt*. Diese Elemente werden auch von der Definition Arno Buschmanns unterstrichen: Nach dieser versteht man unter Fehde

> »nicht etwa eine mehr oder weniger ungeregelte gewaltsame Auseinandersetzung mehrerer Personen, die miteinander im Streit liegen, auch nicht eine Form der Selbsthilfe, wie man immer wieder lesen und hören kann, sondern ein *rechtlich anerkanntes und geregeltes Verfahren zur individuellen Rechtsdurchsetzung mit Waffengewalt*, eine Art Individualkrieg (›guerre privée‹, wie es im Französischen heißt), der zur Durchsetzung von Rechten und Rechtsansprüchen geführt wird.«[73]

Die Zurückweisung des Begriffs ›Selbsthilfe‹ in der Definition ist dabei insofern gerechtfertigt, als diese nur aus dem Gegenbegriff der staatlichen Rechtsdurchsetzung Sinn gewinnt, im Rahmen welcher sie als subsidiär geduldetes Vorgehen bei Gefahr im Verzug – hierin mit verwandten Zügen zur Notwehr – ihren Platz findet. In dezitiert vorstaatlichen Verhältnissen fehlt aber dieses begriffliche Gegenstück, weshalb

71 »Die Einsicht, daß Fehde nicht chaotisch war, daß es für Fehdeführung bestimmte Spielregeln gab, und daß es in einer Fehde fast immer Personen gab, die entweder von Amts wegen oder wegen ihrer Verwandtschaft zu beiden Seiten eine Vermittlungs- oder Versöhnungsrolle anstrebten, dürfte als gesichert gelten.« T. Reuter – Unruhestiftung, Fehde, Rebellion, Widerstand, S. 300.

72 Vgl. z.B. die »Einhegung und Einengung der Fehde durch örtliche und andere Sonderfrieden und durch Beschränkung der Zahl der Beteiligten bei Fehdehandlungen« im langobardischen Recht, G. Dilcher – Überlegungen zum langobardischen Strafrecht, S. 168.

73 A. Buschmann – Gewalt und Frieden, S. 12. Vgl. die Definition von Gerhard Dilcher: »Fehde ist demnach Todfeindschaft, die sich im Rahmen intersubjektiver normativer Vorstellungen vollzieht. Als Selbsthilfe entspringt sie aus dem subjektiven Gefühl, in seinem ›Recht‹ verletzt zu sein.« Ders. – Recht ohne Staat, Rechtsdurchsetzung ohne Staat?, S. 156, bzw. die Definition von Elmar Wadle: »In einem sehr allgemeinen Sinne kann man unter Fehde jede Art der gewaltsamen Selbsthilfe verstehen, mithin jede Form von eigenmächtiger Gewalt, die im Falle einer Rechtsverletzung von der verletzten Seite angewendet wird, um eine Wiederherstellung des Rechts durch Vergeltung, Genugtuung oder Sühne zu erreichen.« E. Wadle – Zur Delegitimierung der Fehde durch die mittelalterliche Friedensbewegung, S. 74.

auf die Kennzeichnung von Fehde und Blutrache als ›Selbsthilfe‹ besser verzichtet werden sollte.

Die Variationsbreite des im ganzen abendländischen Mittelalter verbreiteten Phänomens der Fehde[74] reicht von den gewalttätigen Auseinandersetzungen der Merowingerzeit, die GREGOR VON TOURS so eindrücklich schildert[75], über ansatzweise rechtlich gehegte Formen durch das Instrument der Bußtaxen[76] in den Volksrechten und später der Gottes- und Landfrieden, über die Sonderform der Fehde als ›intersegmentären Konflikt‹ in der akephalen Gesellschaft Islands[77] bis hin zur spätmittelalterlichen ritterlichen Fehde (die hier außer Betracht bleiben soll)[78]. Den Zwangsapparat bilden die Verwandten des Verletzten, aber nicht unbedingt nur diese, sondern die Verwandten werden im Aufgebot nach dem Modell, das GERD ALTHOFF schildert, um die Kategorien der Freunde und Getreuen ergänzt[79]. Der Zwangsapparat ist nicht auf Dauer angelegt, sondern aktiviert *ad hoc* zur Entgegnung auf bestimmte Rechtsverletzungen Gewaltpotential aus Verwandtenpflicht, politischen Bündnissen *(amicitiae et pacta)* und Beistandspflichten aus Abhängigkeitsverhältnissen. Erfüllt nun diese Art Zwangsapparat die Vorgaben der oben angesprochenen rechtspositivi-

74 »Der Begriff für die private Gewalt als Konfliktregelung, die Fehde, ist in allen germ. Sprachen außer im Altnordischen verbreitet.« D. Fruscione – Ansätze übergreifender germanischer Rechtssprachen, S. 175. »Das Wort ›Fehde‹, ahd. *fêhida, gifêhida*, mhd. *vêhede*, *gevêhede*, langob. *faida*, u.ä. bleibt über das ganze Mittelalter hinweg dasselbe, verändert sich nur lautlich, aber nicht semantisch. Als Wesensbestimmung von Fehde begegnet konstant mhd. *veintschaft*, lat. *inimicitia*.« A. Patschovsky – Fehde im Recht, S. 161.

75 Allen voran hat die Fehde zwischen Sichar und Chramnesind gewisse Berühmtheit erlangt: Gregor von Tours, Historiarum libri descem, VII, 47, ed. R. Buchner, S. 152/153 ff. (Text und Übersetzung auch in K. Kroeschell – Deutsche Rechtsgeschichte I. S 46–49); siehe u.a. M. Diesselhorst – Die Fehde von Sichar und Chramnesind; J. Zwick – Zur Form und Funktion übernatürlicher Kommunikationsweisen in der Frankengeschichte des Gregor von Tours.

76 »Bereits die schriftliche Fixierung der fallbezogenen Bußleistung kann als Akt zur Förderung des Friedens gesehen werden.« E. Wadle – Frieden, Zwang, Recht, S. 552.

77 G. Dilcher – Die Zwangsgewalt und der Rechtsbegriff vorstaatlicher Ordnungen im Mittelalter, S. 128 f.; zur segmentären Ordnung von Gesellschaften U. Wesel – Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften, S. 211 ff.

78 Dazu nach wie vor grundlegend O. Brunner – Land und Herrschaft.

79 »Gewiß gibt es auch genügend Beispiele für Fehden, in denen sich Verwandte Waffenhilfe leisteten. Doch […] ist zu betonen, daß die mittelalterlichen Fehden keineswegs als reine Verwandtenfehden geführt wurden, beteiligt waren immer auch Freunde und Getreue […]. Und überdies sehen wir auch deutlich, daß sich zur Unterstützung in der Fehde keinesfalls immer ein sehr weiter Kreis von Verwandten aufraffte.« G. Althoff – Freunde, Verwandte und Getreue, S. 78 f. Zu den Verhältnissen in Island siehe P. Oestmann – Blutrache und Fehde in isländischen Quellen, S. 401. Zum Beispiel der Fehde im Spätmittelalter O. Brunner – Land und Herrschaft, S. 64 f.

stischen Definition organisierter Gewalt? Nein, oder bestenfalls partiell. Der Zwang ist zwar organisierter Zwang, aber er ist nicht *rechtlich* organisierter Zwang, d.h. die Binnenorganisation des Zwangsapparates beruht auf eigenständigen Ordnungen und ist nicht in das Recht der Ordnung, die zwischen den fehdeführenden Verbänden besteht bzw. strittig ist, einzuordnen. Das Recht, das durch den Zwangsapparat wiederhergestellt, garantiert bzw. stabilisiert werden soll, ist nicht das, das innerhalb des Zwangsapparates gilt, sofern man die innere Organisation überhaupt als Rechtsverhältnis qualifizieren will. Das Hauptargument dafür ist folgendes: Die Gewährleistung der Rechte und die Einhaltung der Pflichten, die sich im Innenverhältnis des Fehdeverbandes ergeben, können nicht selbst wieder durch den Mechanismus der Fehde garantiert und erzwungen werden. Während z.B. ein Richter oder Vollzugsbeamter, die Pflichten als Exponenten des staatlichen Zwangsapparates verletzen, mit dem selben oder mit dem selben Typus von Zwangsapparat konfrontiert sind – ein Richter kann selbst wegen Amtsmißbrauchs vor dem Richter stehen, ein Beamter unterliegt einem Disziplinarrecht, das der selben Rechtsordnung angehört wie das Recht, das durch seine Tätigkeit garantiert werden soll –, gilt das für die Fehdeführung nicht. Die Verletzung der Verwandtenpflicht zur Fehdeführung ist wohl auch nicht gerichtlich durchzusetzen. Es muß also deutlich zwischen den verschiedenen Ordnungen unterschieden werden und selbst wenn man beiden Rechtscharakter zubilligt, ist doch kein gemeinsamer Rechtsbegriff verfügbar, der beide Ordnungen umfaßt: garantierende Ordnung und garantierte Ordnung fallen auseinander. Die Situation in der Fehde gleicht darum auch weniger der innerstaatlicher Rechtsdurchsetzung als der zweier kriegführender Staaten, die nach innerstaatlichen Rechtsvorschriften organisierte und mobilisierte Gewalt zur Durchsetzung von völkerrechtlich legitimierten Ansprüchen einsetzen, über deren Bestehen oder Nichtbestehen im Kriegsfall zwischen den Parteien i.d.R. Dissens herrscht[80].

Die Fehde zeigt uns also ein Doppelantlitz, sie gehört in die Sphäre des Rechts, weil sie um verletzten Rechts willen geführt wird und auf Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustands zielt. Sie ist insofern verträglich mit Verhandlungen und auch mit gerichtlichen Verfahren, die das selbe Ziel verfolgen. Zugleich gehört sie aber auch in die Sphäre des Politischen, indem durch sie ein Innen- und Außenverhältnis definiert wird, das nach Freund und Feind unterscheidet. Der Begriff *amicitia* ist darum nicht im Sinne des romantischen Ideals persönlicher Verbunden-

80 »Was den Unterschied zwischen Krieg und Fehde betrifft, so sollte man die moderne Vorstellung vergessen, daß die Kriegführung Sache von souveränen Staaten ist, die Fehde jedoch eine feudale Unsitte war. Realistisch gesehen handelt es sich um den Unterschied von Größenordnungen […]« H. Fichtenau – Lebensordnungen des 10. Jahrhunderts, S. 545; vgl. O. Brunner – Land und Herrschaft, S. 44 ff.

heit, sondern als politischer Begriff zu nehmen, und wenn es im Langobardenrecht mehrfach heißt »*faida, hoc est inimicitia*«[81], dann ist hier Feindschaft politische Verneinung der Freundschaft – als Un-Freundschaft – unmittelbar angesprochen. Durch die Fehde sind jedenfalls politische Einheiten konstituiert[82], die sich *nach innen* im Zustand der Freundschaft (und damit gleichbedeutend des Friedens[83]), *nach außen* gegeneinander im Zustand der Feindschaft/*inimicitia* befinden. Die Formulierung von Christoph H.F. Meyer, nach welcher die Fehde »ein Zustand der Feindschaft zwischen zwei Parteien [ist], die *innerhalb derselben politischen Einheit* oder Gesellschaft leben«[84], ist dahingehend zu korrigieren, daß jede Fehde mit dem Bestehen gegeneinander gerichteter politischer Einheiten gleichzusetzen ist und damit notwendig das Zerbrechen jeder zuvor bestehenden übergreifenden politischen Einheit verbunden ist. Das ist die Kehrseite des Fehlens eines souveränen Gewaltmonopols, das allein in der Lage wäre, das Gericht zwingend für alle Beteiligten zuständig zu machen und ein rechtsförmliches Verfahren an die Stelle der Fehde zu setzen. Die Qualifizierung der Fehde als ›private‹ Rechtsdurchsetzung ist deshalb unzulänglich, weil es an einer effektiven ›öffentlichen‹ Rechtsdurchsetzung fehlt und damit überhaupt das Gegensatzpaar ›öffentlich‹ – ›privat‹ anders zu nehmen ist als in der Antike oder unter den Bedingungen des modernen Staates[85]. Die

---

81 Edictum Rothari, c. 45, ed. C. Azzara, S. Gasparri, S. 26; »*faida, quod est inimicitia*« Edictum Rothari c. 74 bzw. c. 326, a.a.O. S. 30, 94; »*faida* […], *id est inimicitia*« Edictum Rothari, c. 162, a.a.O. S. 48; »[…] *ut inimicidias cessent et faida non habeant*« Liutprandi leges, c. 119, ed. C. Azzara, S. Gasparri, S. 208.
»Die Fehdeerwähnung im Edictum Rothari findet sich stets im Kontext von Sühnebestimmungen, die entweder ein Konkurrenzverhältnis zur Fehde begründen oder explizit einen Fehdeausschluß festsetzen, in jedem Fall aber auf eine Restriktion der Fehde abzielen. Fehdeausschluß wird vorgesehen bei Unfällen wie dem Holzfällen oder wenn Haustiere – Pferd, Rind, Eber – Menschen verletzen; dann sei nur eine Sühneforderung zulässig.« A. Patschovski – Fehde im Recht, S. 157. Für die *Lex Salica* gilt: »Die Lex Salica verwendet die latinisierte althochdeutsche Form für Fehde *faidus* nur an einer einzigen Stelle, und auch hier nur in der den Begriff verengenden Bedeutung ›Fehde*geld*‹, das in bestimmten Diebstahls-, Totschlags- oder sonstigen Kriminalfällen zu entrichten wäre. Sonst spricht die Lex von *inimicitia* bzw. *inimicus*, um Fehde oder Fehdegegner zu bezeichnen.« A.a.O. S. 154.

82 Vgl. M. Pilch – System des transcendentalen Etatismus, S. 75 ff.

83 »Nicht zufällig sind die Worte ›Friede‹ und ›Freund‹ (= Verwandter) sprachlich miteinander verwandt.« H. Hattenhauer – Pax et iustitia, S. 3.

84 Ch.H.F. Meyer – Freunde, Feinde, Fehde, S. 215 (Hervorhebung nicht im Original).

85 Es wird diesem Problem im Grunde nur ausgewichen, wenn Einschätzungen wie die folgende getroffen werden: »Die Grenze zwischen der ›privaten‹ Sphäre von Unruhestiftung und Fehde einerseits und der ›öffentlichen‹ Sphäre des Widerstands und Aufstands andererseits waren fließend.« T. Reuter – Unruhestiftung, Fehde, Rebellion, Widerstand, S. 302. An die Stelle einer inhaltlich bestimmten Differenz zwischen ›öffentlich‹ und ›privat‹ bei mittelalterlichen Konflikten tritt das Kriterium der Größenordnung,

Feindschaft ist mindestens so sehr dem öffentlichen Raum zuzuordnen, weil es bei jedem gewaltsamen Eintreten für ein subjektives Recht zugleich um die Garantie jener Ordnung des Rechts geht, die alle betrifft, oder anders formuliert: Selbst einem Recht, das ausschließlich in der Gestalt gewaltsam zu verteidigender subjektiver Ansprüche auftritt, kommt insofern eine objektive Komponente zu, als es – um zurecht als Recht genommen werden zu können – einer Einbettung oder Rückkopplung dieser gewaltsam vertretenen Ansprüche in eine (bzw. mit einer) allgemein von den Rechtsgenossen anerkannten Ordnung nicht entbehren kann[86]. Wenn gesagt wurde, »Fehde als Feindschaft ist keine private Un-Freundschaft«[87], dann trifft dies deshalb zu, weil unter nichtstaatlichen Verhältnissen wie im Mittelalter auch die der Antike bekannte Unterscheidung zwischen *hostis* (öffentlicher Feind) und *inimicus* (privater Widersacher) verlorengegangen ist.

Die Überwindung der Fehde durch den neuzeitlichen Staat[88] bedeutet denn auch ihre dreifache Aufhebung (i.S.v. Hegel); sie ist *abgeschafft* (›aufgehoben$_1$‹), weil private Gewaltanwendung im effektiven Staat stark zu Gunsten des Gerichtsweges reglementiert ist; sie ist zugleich *bewahrt* (›aufgehoben$_2$‹), weil der Staat im Außenverhältnis anderen Staaten gegenüber im Naturzustand verbleibt und sie ist in der Gestalt des Krieges auf ein qualitativ und quantitativ sehr viel gewaltsameres Niveau *hinaufgehoben* (›aufgehoben$_3$‹). Der Staat ist in einem Überwinder und legitimer Erbe des Fehdeverhältnisses. Es fällt vielen Menschen offenbar schwer, das nüchtern-konstative der Freund-Feind-Dichotomie zu akzeptieren. Selbst Otto Brunner, der in dieser Hinsicht stark von der Begriffsbildung Carl Schmitts inspiriert wurde, beharrt letztlich auf dem Primat der Freundschaft:

---

das das eigentliche Problem nur verdeckt. Eine ausführliche Diskussion des Begriffs des ›Öffentlichen‹ findet sich in J. Weitzel – Vorverständnisse und Eckpunkte in der Diskussion um ein frühmittelalterlich-fränkisches Strafrecht, S. 546 ff. Siehe auch die an der Wende vom 11. zum 12. Jahrhundert sich entwickelnde Differenzierung zwischen *potestas privata* und *potestas legitima* im kanonischen Recht; E.-D. Hehl – Die Sorge für den Landfrieden als Fall des gerechten Krieges, S. 61.

86 »Selbst ein Recht, das ausschließlich aus Berechtigungen bestünde, bedürfte dieser Art von überindividueller ›Objektivität‹ aus Anerkennung, da es sonst nur um einseitige Ansprüche ginge, die noch nicht Recht wären.« J. Rückert – Rechtsbegriff und Rechtsbegriffe, S. 587; »Auch ein subjektives Recht (eine Berechtigung) beansprucht, wenn es Beachtung verlangt, eine intersubjektive Aberkennung, also eine objektive Grundlage.« G. Dilcher – Zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte der mittelalterlichen Rechtskultur, S. 623.

87 Ch.H.F. Meyer – Freunde, Feinde, Fehde, S. 217.

88 »Im römisch-deutschen Reich ist die Unzulässigkeit der Fehde erst im Reformwerk des Jahres 1495 in grundsätzlicher Weise ausgesprochen worden.« E. Wadle – Zur Delegitimierung der Fehde durch die mittelalterliche Friedensbewegung, S. 73; R. Kaiser – Selbsthilfe und Gewaltmonopol, S. 69.

> »Hier [d.h. in Carl Schmitts Schrift *Der Begriff des Politischen*] wird mit größter Schärfe das Wesen des Politischen aus dem Freund-Feind-Verhältnis abgeleitet, wobei jedoch das positive Bestimmungsmerkmal bezeichnenderweise im Begriff des Feindes liegt, während der Freund als bloßer Nichtfeind erscheint. […] Soll das Politische wieder als allgemeines Ordnungsprinzip angesehen werden können, so bedarf es eines positiven Gehaltes, der niemals im feind-, sondern nur im Freundverhältnis gefunden werden kann. Wir werden nun im folgenden das Freund-Feind-Verhältnis als eine grundlegende Kategorie der germanischen Frühzeit und des Mittelalters kennenlernen und sehen, daß es vom Freund, nicht vom Feind ausgeht.«[89]

Doch ist so die Symmetrie der Begriffe nicht zu durchbrechen, stehen doch beide im Zeichen der Gewalt – daß es einen gewaltbezogenen politischen Freundbegriff auch heute noch gibt, ist – gerade wieder in diesen Tagen – durch den Begriff des *friendly fire* zu belegen, den wohl noch kein von ihm Betroffener als freundschaftliche Geste verstanden hat.

### *Strafrecht, Gottesfrieden und gewillkürtes Recht*

Die oben beobachtbare Mehrschichtigkeit des Rechts muß noch erweitert werden, wenn man die Verhältnisse im Strafprozeß einbezieht[90]. Hier allerdings ist die For-

---

89 O. Brunner – Land und Herrschaft, S. 3 FN 1. Die Ausführungen zu Schmitt finden sich in der zweiten Auflage und wurden in späteren Auflagen wieder getilgt.

90 Die ältere Germanistik betrachtet das frühmittelalterliche Prozeßgeschehen unter stark strafrechtlich geprägtem Blickpunkt. Die ausgleichende Buße wird damit in Sühneverhandlungen und im Bußprozeß zur Strafe als Unrechtsfolge und die Fehde als strafrechtliche Erscheinung vereinnahmt. Eine Unterscheidung zwischen Sühneprozeß und Achtprozeß entfällt schon im theoretischen Ansatz. Weil kein wirklicher Träger dieser Strafgewalt greifbar ist, werden Theorien um eine im Volk verankerte sog. ›Friedlosigkeit‹ konstruiert, von der dann ›Abspaltungen‹ zu sanktionierten Straftatbeständen führen. Insgesamt zeigt sich ein bestimmender Einfluß moderner Strafrechtsdogmatik, wie überhaupt modernen Staatsrechtsdenkens z.B. bei H. Brunner – Deutsche Rechtsgeschichte I (zur Einordnung von Heinrich Brunner vgl. E.-W. Böckenförde – Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert, S.198 ff.), und selbst noch viel später bei Karl Siegfried Bader (ders. – Zum Unrechtsausgleich und zur Strafe im Frühmittelalter), der zwar viele der gegen die ältere Lehre vorgebrachten Einwände rezipiert, seinen Blickpunkt aber trotzdem nicht revidiert (vgl. dazu J. Weitzel – Begriff und Gegenstand des frühmittelalterlichen Sanktionenrechts, S. 11 f.). Die strafrechtsdominierte Sichtweise tut sich immer schwer mit dem massiven Auftreten von Kompensationsvorschriften, die allesamt als abgelöste ›Körperstrafen‹ gedeutet werden müssen. Zur Kritik siehe H. Holzhauer – Zum Strafgedanken im frühen Mittelalter, S. 181; zur Lehre von der Friedlosigkeit H. Nehlsen – Entstehung des öffentlichen Strafrechts bei den germanischen Stämmen, S. 16; ders. – Der Grabfrevel in den germanischen Rechtsaufzeichnungen; K.

schungslage im Ergebnis divergierend, zumindest seit Viktor Achter in seinem Buch *Geburt der Strafe* das erstmalige Auftauchen eines rechtlichen Strafgedankens in das 12. Jahrhundert verlegt hat; davor habe es ›Strafe‹ im modernen Sinn nicht gegeben, lediglich »Vergeltung wie Genugtuung […] als Bereinigung der eingetretenen Störung, als Ausgleich einer Entordnung«[91]. Dem wird von Teilen der Forschung entgegengehalten, daß schon ein Blick in die Beschreibungen merowingischer Lebensverhältnisse durch Gregor von Tours, die voll seien von Erwähnungen verhängter Strafsanktionen, genüge, Strafe und Strafprozeß als lebendige Elemente des Frühmittelalters zu erweisen, und daß derartige Berichte das ganze Frühmittelalter hinweg nicht abbrächen.[92] So geht beispielsweise Jürgen Weitzel für die fränkische Zeit von

> »der materiellen Zweiteilung des Sanktionensystems [aus …]. Es gibt das Bußverfahren, also das, was man herkömmlicherweise den fränkischen Prozess nennt […]. Und es gibt den ›amtlichen Strafprozess‹, das Kriminalverfahren […, das] in fränkischer Zeit ein vom Bußprozeß zu unterscheidendes Rechtsverfahren war […]. Es ist ein autoritäres Verfahren, das in weit stärkerem Maße als der Bußprozeß Zwangselemente enthält und insbesondere kein Urteilserfüllungsgelöbnis kennt. Andererseits teilt es jedoch mit dem Bußverfahren die dinggenossenschaftliche Form der Urteilsfindung.«[93]

Aus der Diskussion der verschiedenen Ansätze scheint jedenfalls so viel hervorzugehen, daß in der Entwicklung des mittelalterlichen Strafrechts mindestens zwei Perioden voneinander zu unterscheiden sind: einmal eine aus der Spätantike her-

---

Kroeschell – Germanisches Recht als Forschungsproblem, S. 76 ff.; G. Dilcher – Die Zwangsgewalt und der Rechtsbegriff vorstaatlicher Ordnungen im Mittelalter, S. 133 ff.

91 V. Achter – Die Geburt der Strafe, S. 16.

92 Zu Achters Thesen siehe u.a. D. Willoweit – Die Sanktionen für Friedensbruch im Kölner Gottesfrieden von 1083; H. Holzhauer – Zum Strafgedanken im frühen Mittelalter; E. Wadle – Die peinliche Strafe als Instrument des Friedens und ders. – Gottesfrieden und Landfrieden als Gegenstand der Forschung seit 1950, S. 68 f.; J. Weitzel – Strafe und Strafverfahren in der Merowingerzeit, S. 69.

93 J. Weitzel – Vorverständnisse und Eckpunkte in der Diskussion um ein frühmittelalterlich-fränkisches Strafrecht, S. 542 f. Hinsichtlich der Verhältnisse bei den Langobarden reagiert Weitzel mit Kritik (a.a.O. S. 562 ff.) auf Gerhard Dilchers Feststellung »Ein ›langobardisches Strafrecht‹ gibt es also nicht. Es gibt nur die verschiedenen Wege, Rechtsverletzungen auszugleichen.« (ders. – Fehde, Unrechtsausgleich und Strafe im älteren langobardischen Recht, S. 45), worauf dieser mit einer Analyse der öffentlichkeitsbezogenen Bestimmungen im *Edictum Rothari* – im Ergebnis vielleicht etwas abschwächend – repliziert: »Darum bleibt das Kompositionensystem auch das hauptsächliche Mittel des Unrechtsausgleichs. Das langobardische Recht scheint auf diese Weise sehr weitgehend ohne Strafrecht ausgekommen zu sein.« G. Dilcher – Überlegungen zum langobardischen Strafrecht, S. 177.

rührende, in merowingischer und karolingischer Zeit fortlebende Praxis herrscherlichen Strafens[94], die von der Abwicklung von Bußverfahren getrennt war[95], und zum anderen das Auftauchen ›peinlicher‹ Sanktionen mit neuen Akzenten in der Zeit der Gottes- und Landfrieden, d.h. im 11. und 12. Jahrhundert. Zusammenfassen kann man die Forschungslage vielleicht mit Jürgen Weitzels salomonischer Feststellung: »Die Geburt der Strafe hat nicht nur einmal stattgefunden«[96]. Der Hauptunterschied zum Bußverfahren liegt darin, daß die öffentliche Gewalt mit ›amtswegiger‹ Untersuchung, Folter[97] und Todesstrafe vorgeht – und das nicht nur bei ›handhafter Tat‹ und nicht nur gegen Unfreie. Typisch ist, daß der Beschuldigte von den öffentlich zuständigen Amtswaltern gefaßt und in Fesseln gebunden vor den König gebracht wird[98] – »zum Bußverfahren hingegen kam niemand in Fesseln«[99].

Angesichts dieser autoritativen Elemente eines unbestreitbar öffentlichen wie rechtlichen Zwanges könnte sich die vom modernen Rechtsbegriff Kollers verlangte Relation von organisiertem Zwang und Wirksamkeit des Rechts, die im Bußprozeß und aus anderen Gründen auch in der Fehde nicht wirklich auffindbar war, vielleicht an diesem Phänomen nachweisen lassen, denn wozu sollte dieser Zwang

94 Zur antiken Herkunft des Strafprozesses siehe J. Weitzel – Strafe und Strafverfahren bei Gregor von Tours und in anderen Quellen der Merowingerzeit, S. 114; W.E. Voß – Vom römischen Provinzialprozeß der Spätantike zum Rechtsgang des frühen Mittelalters; H. Nehlsen – Entstehung des öffentlichen Strafrechts bei den germanischen Stämmen, sowie ders. – Sklavenrecht zwischen Antike und Mittelalter; K. Kroeschell – Recht und Gericht in den merowingischen ›Kapitularien‹, S. 748 ff.

95 Die Unabhängigkeit des entstehenden Strafrechts vom Bußverfahren als einer Methode des intersegmentären Unrechtsausgleichs ist jedenfalls zu betonen; vgl. J. Weitzel – Begriff und Gegenstand des frühmittelalterlichen Sanktionenrechts, S. 15: »Das (öffentliche) Strafrecht entstand nicht zwischen den Sippen, sondern es wurde gegen die Sippen von diesen übergeordneten Autoritäten, nämlich Königtum und Kirche, durchgesetzt.«

96 J. Weitzel – Strafe und Strafverfahren in der Merowingerzeit, S. 73. Siehe aber jetzt Weitzels Auffassung zum Thema in ders. – Vorverständnisse und Eckpunkte in der Diskussion um ein frühmittelalterlich-fränkisches Strafrecht, S. 544 ff. Dazu auch G. Dilcher – Überlegungen zum langobardischen Strafrecht, der Achters Ansatz für unterkomplex hält (a.a.O. S. 166). Vom anderen Extrem her, bei dem Recht und Strafrecht ursprünglich zusammenfallen, wird Achter von Karl Siegfried Bader kritisiert: »Die Strafe als Begleiterscheinung menschlichen Zusammenlebens ist nicht ›geboren‹ worden.« K.S. Bader – Zum Unrechtsausgleich und zur Strafe im Frühmittelalter, S. 19.

97 J. Weitzel, a.a.O. S. 100; Vgl. H. Nehlsen – Sklavenrecht zwischen Antike und Mittelalter, S. 336 ff.; Folter ist zugleich in fränkischer Zeit (Chlothar II.) »zum alleinigen Mittel der Überführung von Sklaven geworden.« K. Kroeschell – Recht und Gericht in den merowingischen ›Kapitularien‹, S. 749.

98 J. Weitzel – Strafe und Strafverfahren bei Gregor von Tours und in anderen Quellen der Merowingerzeit, S. 114.

99 A.a.O. S. 122.

durch die öffentliche Gewalt sonst eingesetzt werden, wenn nicht zur Sicherung der Wirksamkeit und Geltung von (Straf-)Rechtsnormen.

Unterstrichen wird der öffentliche Charakter der Sanktionen durch die auffallende Königsnähe dieser Form peinlicher Untersuchungsmethoden und Strafsanktionen. Insbesondere scheint bei der Anordnung von Hinrichtungen Freier der König *ad personam* gefordert gewesen zu sein und konnte den Ausspruch von Todesurteilen – auch wenn es um Räuber oder Diebe ging – nicht subalternen Amtsträgern überlassen[100]. Königsnähe ist auch ein auffallendes Element bei den ›Straftatbeständen‹ *(crimina),* denn hier stehen in erster Linie Angriffe auf den König selbst: todeswürdig sind der Hoch- und Landesverrat und ›politische Verbrechen‹, darunter das aus dem römischen Recht rezipierte *crimen laese maiestatis*[101], erst dann kommen Diebstahl und Raub[102]. Beim Diebstahl gewinnt man den Eindruck, daß, wegen des entehrenden Charakters (Tod am Galgen) und der allgemeinen Schädlichkeit, mit drastischen Mitteln vorzugehen, zur allgemeinen Ordnungskompetenz des Königs gehörte. Anders beim Raub, der allein oder in Verbindung mit ›Brand‹ im Bereich

---

100 »Nur *personae debiliores* dürfen vor Ort hingerichtet werden. Offenbar war, wo es um das Leben ging, die Beziehung des freien Mannes zum König noch recht eng. Ging es dem vollberechtigten Franken außerhalb handhafter Tat an den Hals, so bedurfte es zu Gregors Zeiten dazu grundsätzlich der vom König persönlich ausgeübten Gerichtsgewalt.« J. Weitzel – Strafe und Strafverfahren in der Merowingerzeit, S. 127. Zum Strafrecht über Freie H. Nehlsen – Entstehung des öffentlichen Strafrechts bei den germanischen Stämmen, S. 7; H.-R. Hagemann – Vom Verbrechenskatalog des altdeutschen Strafrechts, S. 64; K. Kroeschell – Recht und Gericht in den merowingischen ›Kapitularien‹, S. 749.

101 Gegen eine wirksame Rezeption spricht sich Jürgen Weitzel aus: Die unter Karl d. Gr. »infolge der Kaiserkrönung eintretende Wiederbelebung des *crimen maiestatis* blieb angesichts des bereits herrschenden Infedilitätskonzepts für das frühe Mittelalter politisch wie strafrechtlich ohne größere Bedeutung«. Ders. – Das Majestätsverbrechen zwischen römischer Spätantike und fränkischem Mittelalter, S. 82; anders noch bzgl. Gregor von Tours ders. – Strafe und Strafverfahren in der Merowingerzeit, S. 87; O. Hageneder – Das Crimen maiestatis, der Prozeß gegen die Attentäter Papst Leos III. und die Kaiserkrönung Karls des Großen, S. 62 ff. (Kritik an Hageneder in Weitzel – Das Majestätsverbrechen …, S. 64 ff.). G. Scheibelreiter – Die barbarische Gesellschaft, S. 39; L. Kolmer – Christus als beleidigte Majestät. Beispiele aus der Karolingerzeit bringt R. Deutinger – Der König als Richter, S. 38. Eine Auflistung von ›Straftatbeständen‹ am Beispiel des langobardischen Rechts findet sich bei G. Dilcher – Friede durch Recht, S. 213; vgl. ders. – Fehde, Unrechtsausgleich und Strafe im älteren langobardischen Recht, S. 40. Zum neuerlichen intensivierten Rückgriff auf die Figur des Majestätsverbrechens unter Friedrich Barbarossa ders. – Die staufische Renovatio im Spannungsfeld von traditionellem und neuem Denken, S. 628 FN 43. Allgemein zum Begriff der Infidelität und zum Zusammenhang mit Eidbruch und Huldverlust H.-R. Hagemann – Vom Verbrechenskatalog des altdeutschen Strafrechts, S. 23 ff.; J. Weitzel – Das Majestätsverbrechen zwischen römischer Spätantike und fränkischem Mittelalter, S. 70 ff.

102 H.-R. Hagemann, a.a.O. S. 49 ff.

der Fehde angesiedelt sein konnte. Totschlag hingegen gehört ins Feld des Sühneverfahrens.[103]

Eine Deutung, die das Phänomen der Körperstrafen für die Merowingerzeit erfahren hat, knüpft an den Begriff der *ultio publica*, der öffentlichen Rache, an[104], der sich bei Gregor von Tours für strafrechtliche Verfolgung findet, und an dessen wiederholte Schilderungen des rächenden Eingriffs Gottes (*ultio divina*[105] bzw. *ira Dei*) und der Heiligen in das Weltgeschehen; das vermeintlich vorliegende Strafrecht wäre dann nichts als die – nunmehr verrechtlichte – königliche Rache und im Vollzug dieser träte der König an die Seite der Heiligen und Gottes selbst, die ihm als Vorbild dienen und seine Sache legitimieren[106]. Die Verrechtlichung wäre zugleich Kompensation für die dem fränkischen Großkönig faktisch zugewachsene Gewalt, die es ihm nicht mehr erlaubt, einfach nach Belieben Rache zu üben, sondern deren Vollzug verfahrensmäßig – jedenfalls wenn man Weitzel in der Annahme zu folgen bereit ist, daß die Urteilsfindung auch im Strafverfahren an einen dinggenossenschaftlichen Konsens gebunden war[107] – an das Urteil der Großen bindet. Unter dieser Perspektive gestaltet sich das aufspürbare ›Strafrecht‹ im Frühmittelalter als Verbindung spätantiker Elemente – ev. mit Wurzeln im römischen Militärprozeß[108] –, mit einer Weiterentwicklung der schon angesprochenen archaischen Rechtsschicht der Rache und Fehde (diesmal bezogen auf den König selbst) sowie Gebotsrecht im

103 H. Fichtenau – Lebensordnungen des 10. Jahrhunderts, S. 558 ff.

104 »Die *ultio publica* kann man wohl als ›Strafe‹ verstehen […] Es ist also [bei Gregor von Tours, Historiarum libri descem, VII, 30, ed. R. Buchner, S. 130] von einer öffentlichen, das heißt wohl einer gerichtsförmigen Rache als ›Strafe‹ die Rede.« J. Weitzel – Strafe und Strafverfahren in der Merowingerzeit, S. 94; »Entscheidend ist, dass die Rache als Rechtsverfahren praktiziert wird, in den Formen des Rechts geübt wird. Materiell haben die Könige Strafen sicher weithin als ihre Form der Rache verstanden.« Ders. – Vorverständnisse und Eckpunkte in der Diskussion um ein frühmittelalterlich-fränkisches Strafrecht, S. 543.

105 H.W. Goetz – Die Vorstellungen von Recht und Gerechtigkeit in der Merowingischen Geschichtsschreibung, S. 100 f.

106 Nach T. Ishikawa – Die innere Struktur des mittelalterlichen Rechts, S. 141, gilt das im Prinzip selbst noch für die Welt des Sachsenspiegels.

107 »Schon für die merowingische Zeit läßt sich die Bildung des Strafurteils nach dem Muster der Dinggenossenschaft wahrscheinlich machen. Für die karolingische Zeit ist dieser Entscheidungsmodus eindeutig zu belegen. Er bewirkte, daß angesichts eines gemeinschaftlichen Urteils dem König und Strafrichter eine höchstpersönliche oder Allein-Entscheidung über den vermeintlichen oder wirklichen Verbrecher nicht zukam.« J. Weitzel – Strafe und Strafverfahren in der Merowingerzeit, S. 143.

108 Das vertritt W.E. Voß – Vom römischen Provinzialprozeß der Spätantike zum Rechtsgang des frühen Mittelalters. Gegen Voß J. Weitzel – Die Bedeutung der Dinggenossenschaft für die Herrschaftsordnung, S. 356.

Zusammenhang mit gewissen ›polizeylichen‹ Aufgaben wie der Verfolgung von Dieben und Räubern, den Schutz von Kirche, Witwen, Pilgern etc., die als Königszuständigkeit (als *ministerium regis* i.S.v. Abbo von Fleury[109]) betrachtet wurden[110] und darin als rudimentäre Form »öffentlicher Ordnung übersegmentären Charakters«[111] qualifiziert werden können.

Alle bisher angesprochenen Schichten von rechtlichem Zwang, von der Selbsthilfe in der Fehde, über das Gebot im Bußprozeß bis hin zum peinlichen Verfahren im Strafprozeß hätten demnach als Charakteristikum den gemeinsamen Ursprung im archaischen Rachevollzug und dessen sukzessiver ›Verrechtlichung‹: im Strafprozeß übt der König Rache, im Bußprozeß wird ein Versuch unternommen, die Racheübung durch Verfahrensorganisation zu bändigen, und in der Fehde bleibt sie, was sie vordem schon war, Durchsetzung von Recht, das sich im Selbsthilfevollzug definiert und stabilisiert. Archaisches Recht, das im Zeugnis der Rechtsgenossen sichtbar wird, und Gebotsrecht stehen – inhaltlich unverbunden – nebeneinander. Sie sind verschiedenen Ursprungs und gehören unterschiedlichen Ordnungen an. Daß es organisierter Zwang sei, der den dahinterstehenden Rechtsnormen Wirkung verleiht, kann allenfalls für letzteres in Ansätzen gelten. Das Gebotsrecht bleibt dabei sekundär und in hohem Grade akzessorisch – es muß, sofern nicht ohnehin nur konkrete Friedenspflichten statuiert werden, stets an die überkommenen Rechtsgewohnheiten als Voraussetzung anknüpfen, z.B. an ›Eigentumsvorstellungen‹, die eine Wegnahme allererst zum Raub oder (wenn noch dazu heimlich) zum Diebstahl machen[112], oder

---

109 »*Quale ministerium regis sit* […] *Iustitia regis est, neminem iniuste per potentiam opprimere, sine acceptione personarum inter virum et proximum suum iudicare, advenis et pupillis et viduis defensorem esse, furta cohibere, adulteria punire, iniquos non exaltare, impudicos et histriones non nutrire, impios de terra perdere, parricidas et peierantes vivere non sinere, ecclesias defensare, pauperes eleemosynis alere* […]« Abbo von Fleury, Collectio canonum c. 3, PL 139, p. 477 B–D. Vgl. R. Große – Der Friede in Frankreich bis zur Mitte des 12. Jahrhunderts, S. 95. Zu Abbo v. Fleury M. Mostert – The Political Theology of Abbo of Fleury, zum *ministerium regis* insbes. S. 176ff.

110 A.a.O. S. 76. Ein Beispiel für das 11. Jahrhundert in Zusammenhang mit Kaiser Konrad II. bringt H. Fichtenau – Lebensordnungen des 10. Jahrhunderts, S. 347 FN 16.

111 G. Dilcher – Überlegungen zum langobardischen Strafrecht, S. 171; Dilcher, der die zitierte Wendung auf den Schutz der freien Frau im Langobardenrecht bezieht, als Beispiel für Friedensschutz, als dessen Garant der König gilt, sieht darin, wie erwähnt, aber gerade kein langobardisches Strafrecht verwirklicht (a.a.O. S. 177). Zum Thema »Frauenschutz als öffentliche Aufgabe des Königs« vgl. auch ders. – Fehde, Unrechtsausgleich und Strafe im älteren langobardischen Recht, S. 37f.

112 Zum Kriterium der Heimlichkeit bei der Unterscheidung Raub/Diebstahl H. Siems – Die Lehre von der Heimlichkeit des Diebstahls. Zum materiellen Recht als den »konstanten Rahmenvorstellungen« im oralen Rechtsdenken G. Dilcher – Bildung, Konstanz und Wandel von Normen und Verfahren im Bereich mittelalterlicher Rechtsgewohnheit, S. 196.

an fehderechtliche ›Rechtfertigungsgründe‹, die der räuberischen Wegnahme wieder ihren Unrechtsgehalt nehmen u.a.m.

Eine alternative Deutung der Todesstrafe wurde von Dietmar Willoweit in seiner Untersuchung über den *Kölner Gottesfrieden von 1083*[113] vorgeschlagen. Er sieht hier einen fundamentalen Zusammenhang von Exkommunikation, Exilierung und Tötung. Letztere sei vor allem bei Unfreien eine logische Konsequenz, da diesen das Exil die Freiheit gebracht hätte, somit als Sanktion systembedingt ausgeschlossen war. Das gemeinsame Prinzip sei jedenfalls die Ausschließung des Übeltäters aus der Gemeinschaft, am nachhaltigsten durch die Tötung, nicht jedoch ein Rachegedanke oder das Talionsprinzip. Diese Deutung steht jedoch – schon der zeitlichen Einordnung der Quellen nach, auf die sie sich beruft – am Anfang jener zweiten oben angesprochenen Periode mittelalterlichen ›Strafrechts‹. Im Vollzugsmuster ›Ausschließung‹ und anschließende ›Wiederaufnahme‹ nach vollzogener Buße (diesmal in einem christlichen Sinn als tätige Umkehr verstanden und nicht als formale Kompensationsleistung) läßt sich unschwer der Einfluß eines Kerngedankens kirchlicher Bußpraxis erkennen[114], und in der Tat ist es mit den südfranzösischen Bischöfen die Geistlichkeit, die sich als Initiatoren an die Spitze jener Bewegung stellt, die eine Verknüpfung von Rechts- und damit Friedensbruch und Exkommunikation herstellt, die unter dem Namen Gottesfriedensbewegung *(pax Dei*[115]*)* bekannt geworden ist.

Was denn das eigentlich Neue an den Gottesfrieden gewesen sei, ist des öfteren gefragt worden[116]. Schutz von Kirchengut und Maßnahmen zur Friedenssicherung waren seit langem Gegenstand von Synodalbeschlüssen, und *coniurationes* als eidliche Zusammenschlüsse zeigen gleichfalls ein breiteres Spektrum an Erscheinungsformen, von den Gilden[117] bis zur *rebellio*[118]. Neu ist offenbar – bei inhaltlich betrachtet »durchaus konservative[m] Charakter«[119] der Gottesfrieden – die am Ausgang

---

113 Text und deutsche Übersetzung in Quellen zur deutschen Verfassungs-, Wirtschafts- und Sozialgeschichte bis 1250, ed. L. Wenrich, Nr. 36.

114 H.E. Feine – Kirchliche Rechtsgeschichte, S. 107 ff.

115 H. Hoffmann – Gottesfriede und Treuga Dei, S. 4. Gefaßt wurden »seit dem ausgehenden 10. Jahrhundert die Beschlüsse über eine *pax*, ein *pactum pacis* oder eine *convenientia pacis* (Der Begriff *pax Dei* erscheint erst seit ca. 1040)«. W. Hartmann – Gottesfriede, Königsfriede, Landfriede, S. 19. Für bibliographische Angaben zum Thema ›Gottesfrieden‹ siehe R. Große – Der Friede in Frankreich bis zur Mitte des 12. Jahrhunderts, S. 85 FN 32; H.-W. Goetz – Die Gottesfriedensbewegung im Licht neuerer Forschungen, S. 33 ff.

116 H. Hoffmann – Gottesfriede und Treuga Dei, S. 20; W. Hartmann – Gottesfriede, Königsfriede, Landfriede, S. 23.

117 O.G. Oexle – Coniuratio und Gilde im frühen Mittelalter.

118 O.G. Oexle – Die Kultur der Rebellion.

119 R. Große, a.a.O. S. 87.

des ersten Jahrtausends auftauchende Kombination dieser beiden Momente in einem Akt: die eidliche Verschwörung zum Frieden (»*sacramentum pacis*«[120]). Paolo Prodi ortet den bedeutsamen Wandel darin, daß »der Schwurvertrag, der bisher üblicherweise einen Konflikt beendet hatte […] in eine positive Verpflichtung zur Einführung und Erhaltung des Friedens auf unbestimmte Zeit oder auf im vorhinein festgelegte Zeitspannen über[ging]«[121]. Kollektivierung und Zukunftsausrichtung als entscheidende Mittel, »eine neue Art, Politik zu machen«[122]. Wenn schon nicht das Hauptziel der Friedensmaßnahmen[123], so liegt doch in der Konsequenz der geschaffenen Instrumente dabei auch eine gewisse »Delegitimierung der Fehde«[124], ein Prozeß, in dem – wie schon früher im Gericht – sukzessive »Friedenszeiten oder Friedensinseln«[125] ausgebaut werden und der, wie Elmar Wadle es charakterisiert,

> »getragen wird […] von einer zentralen, im Laufe der Zeit immer deutlicher hervortretenden Idee: das Ziel einer Wiedergutmachung *(satisfactio)* des erlittenen Unrechts, die man bislang nur als Resultat eines Verfahrens im konkreten Konflikt kannte, sollte künftig nach Regeln angestrebt werden, deren Grenzen neu gezogen werden: Soweit das Friedensgebot reichte, sollte der offene Streit eigenmächtiger Parteien delegitimiert und vermieden werden; der Rechtsaustrag sollte vorzüglich in anderen Verfahrensarten stattfinden, entweder in den konsensualen Verfahren der Verhandlung, Vermittlung oder des Schiedsspruches oder in den Verfahren vor dem weltlichen oder geistlichen Gericht.
>
> Bei den Gottes- und Landfrieden geht es nicht mehr um eine Befriedung im Einzelfall, sondern um das planerische, in die Zukunft gerichtete Bemühen, die neu verstandene und in der Reformbewegung des 11. Jahrhunderts aktivierte christliche Friedensidee umzusetzen.«[126]

Die Exkommunikation ist dabei die anfangs typische vorgesehene Sanktionsfolge für den Bruch des beschworenen Friedens[127] – später insbes. in den sog. Landfrieden,

---

120 A.a.O. S. 95; »Von Anfang an spielte in den Gottesfrieden der Eid eine zentrale Rolle.« W. Hartmann, a.a.O. S. 28; vgl. O.G. Oexle – Friede durch Verschwörung.

121 P. Prodi – Das Sakrament der Herrschaft, S. 99.

122 A.a.O.

123 So Hans-Werner Goetz: »Es war auch nicht das Hauptziel der Gottesfrieden, die Fehde zu bekämpfen […] sondern den Schaden zu regulieren.« Ders. – Die Gottesfriedensbewegung im Lichte neuerer Forschungen, S. 41.

124 E. Wadle – Zur Delegitimierung der Fehde durch die mittelalterliche Friedensbewegung.

125 E. Wadle – Landfriedensrecht in der Praxis, S. 78.

126 A.a.O. S. 81.

127 H. Hoffmann, a.a.O. S. 18. »Die Exkommunikation war auch in den Gottesfrieden des ausgehenden

ergänzt um das Instrumentarium peinlicher Strafen[128] – und als Exekutionsmittel zugleich die geistliche Klinge schlechthin[129], um die Einhaltung der Bestimmungen wirksam durchzusetzen. Das ganze Unternehmen steht freilich unter der Voraussetzung eines umfänglich geteilten und tiefverwurzelten Glaubens an jenseitige Mächte im allgemeinen und das rächende Wirken der Heiligen, auf deren Reliquien geschworen wurde[130], im besonderen. Um als Sanktion ernstgenommen zu werden, muß schon ernsthaft das eigene Seelenheil auf dem Spiel stehen, in der Exkommunikation bloß zum Ausdruck gebrachte soziale Mißbilligung durch ›Kontaktvermeidung‹ mit dem Friedensbrecher zu sehen, ist verharmlosend und nimmt dem Instrument all seine Dramatik[131]. Der Friedens- bzw. Eidbrecher steht außerhalb der Kirche, d.h. außerhalb des Heils. Die Hebelwirkung der Sanktionen wurde insgesamt jedenfalls durch eine Art Arbeitsteilung gesichert: »Während die Kirche geistliche Strafen gegen den Übeltäter verhängte, sollte der Graf mit Gewalt gegen ihn vorgehen«[132].

---

10. und beginnenden 11. Jahrhunderts die Hauptwaffe, mit der die Friedensbrecher bekämpft werden sollten.« W. Hartmann – Gottesfriede, Königsfriede, Landfriede, S. 26. Es taucht aber schon in der Friedensordnung Karlmanns von 884 die Aufforderung an die Bischöfe auf, die Exkommunikation im Kampf gegen das Raubwesen zu benutzen (MGH Cap. 2, Nr. 273, c. 5, 6; vgl. R. Kaiser – Selbsthilfe und Gewaltmonopol, S. 59).

128 W. Ebel – Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, S. 46f.

129 Vgl. J. Martindale – Peace and War in Early Eleventh-Century Aquitaine, S. 155f. Wilfried Hartmann betont, daß im ursprünglichen Kontext des bischöflichen Sendgerichts die Exkommunikation »keine Strafe [war], sondern als Maßnahme [diente], um die Anerkennung des kirchlichen Gerichts und seiner Entscheidungen zu erzwingen«. W. Hartmann – Der Bischof als Richter, S. 113. Hans Hattenhauer bemängelt weitergehend die Vernachlässigung des geistlichen Hintergundes der Gottesfrieden durch die Forschung: »Man fragt sich heute [d.h. 2003], wie wir bisher die Entstehung der Gottesfrieden in ihrer derart theologieschwangeren Zeit in säkularisierter Blickverengung ohne gründliche Aufarbeitung der Theologie des Gottesfriedens und deren Wandlungen haben betrachten können.« H. Hattenhauer – Rezension zu ›A. Buschmann, E. Wadle (Hrsg.), Landfrieden‹, S. 590. Zur säkularen Form der Exkommunikation G. Dilcher – Die Zwangsgewalt und der Rechtsbegriff vorstaatlicher Ordnungen im Mittelalter, S. 132.

130 A. Angenendt – Heilige und Reliquien, S. 202.

131 »Der Eid als eine mündlich gegebene Versicherung […] unter Anrufung der Gottheit oder einer anderen übermenschlichen Macht als Garant hat seiner Struktur nach einen sakralen Kern. […] Indem der Schwörende mit seiner ganzen Person wie mit der seines Eidhelfers für die Rechtmäßigkeit seiner Aussage oder die Ernsthaftigkeit seiner Absicht einsteht, nimmt die Eidesleistung die Form einer bedingten Selbstverfluchung für den Fall des Meineids oder Treubruchs an.« R. Schmidt-Wiegand – Eid und Gelöbnis, Formel und Formular im mittelalterlichen Recht, S. 55.

132 R. Große, a.a.O. S. 92. Den Kooperationsgedanken betont auch Goetz: »Die Gottesfriedensbewegung war sodann keine kirchliche ›Gegenbewegung‹, mit der die Kirche an die Stelle einer versagenden Staatsgewalt trat. […] Tatsächlich sind die Gottesfrieden vielmehr durch ein Zusammenwirken der

Den mannigfachen Überlegungen zum geistesgeschichtlichen Hintergrund und regionalen Motivationen, die zu den Gottesfrieden und später zur *treuga Dei* und zu den Landfrieden[133] geführt hat, braucht an dieser Stelle nicht nachgegangen zu werden[134]. In unserem Zusammenhang bedeutsam ist das Auftauchen einer weiteren dritten, archaisches Recht und Gebotsrecht abermals überschichtenden Form von Recht, deren Merkmal die Verklammerung von beschworenem Inhalt (Norm) und eidlich in Kauf genommener Sanktion ist: die *Willkür* als dritte eigenständig neben dem Bußrecht bestehende Rechtsschicht[135].

Wenn irgendwo in der Geschichte eine konkrete Ausformung dessen aufspürbar scheint, was als politische Idee und abstrakte ungeschichtliche Tat den diversen Theorien vom Gesellschaftsvertrag zu Grunde liegt, dann hier. Die lokal im Umfang einer Diözese beschworenen Frieden schaffen kleine Leviathane, die zwar weit davon entfernt sind, alle Gewalt zu monopolisieren, aber dennoch durch ein anfangs auf

weltlichen und geistlichen Mächte gekennzeichnet.« H.-W. Goetz – Die Gottesfriedensbewegung im Lichte neuerer Forschungen, S. 38 f.

133 Zur Problematik der Abgrenzung zwischen Gottes- und Landfrieden a.a.O. S. 53 ff.; kritisch insbes. S. 53: »Tatsächlich müssen wir uns vor Augen halten, daß beide, Gottes- *und* Landfrieden, moderne Begriffe und alle vorgeschlagenen Trennkriterien systematisierende Ordnungskategorien sind, und ich möchte sehr bezweifeln, daß den mittelalterlichen Zeitgenossen überhaupt ein Unterschied bewußt gewesen ist.«

134 Es genügt für den hier verfolgten Zweck auf die Darstellung der Ursachen- und Zielproblematik der Gottesfrieden von Hans-Werner Goetz zu verweisen, die den Schutz des Kirchengutes und dessen wirtschaftlichem Umfeld betont: »Ausgangspunkt (und insofern Selbstzweck) bildete dabei die institutionelle Kirche selbst, und so standen […] der Schutz der Geistlichen, der Kirchen und ihrer Grundherrschaft als Grundlage der Versorgung im Vordergrund. Eine Ausweitung der Friedensbestimmungen auf weitere Kreise der Gesellschaft wurde durch die Mitwirkung der Großen gewährleistet, blieb aber auf die ›kirchlichen‹ Ziele beschränkt (ein Schutz der Bauern um ihrer selbst willen wurde nie erstrebt). Der Weg zum Schutz der Kirche – und zur *ecclesia* gehörte im Mittelalter letztlich die gesamte Gesellschaft – konnte nur über das bestehende Recht führen, dem daher erneut Geltung verschafft werden mußte. Dabei wurden die Rechtsfehden ebenso anerkannt und vorausgesetzt wie die Bußgerichtsbarkeit und die rechtliche Selbsthilfe. […] Die Gottesfrieden wollten also keineswegs eine neue Ordnung schaffen oder die versagende weltliche Ordnung durch eine ›kirchliche‹ ersetzen.« H.-W. Goetz – Kirchenschutz, Rechtswahrung und Reform, S. 238. Siehe zur Zusammenfassung auch ders. – Gottesfriede und Gemeindebildung, S. 125, u. ders. – Die Gottesfriedensbewegung im Licht neuerer Forschung, S. 37 ff. Kritik an Goetz' Darstellung in J. Fried – Die Formierung Europas 840–1046, S. 178. Ältere Forschung zu den Landfrieden: J. Gernhuber – Die Landfriedensbewegung in Deutschland bis zum Mainzer Reichslandfrieden von 1235 (mit Kritik von G Dilcher – Friede durch Recht, S. 219); V. Achter – Über den Ursprung der Gottesfrieden; H. Hattenhauer – Die Bedeutung der Gottes- und Landfrieden für die Gesetzgebung in Deutschland. Ein jüngerer Überblick bei W. Sellert – Friedensprogramme und Friedenswahrung im Mittelalter.

135 G. Dilcher – Friede durch Recht, S. 220.

wenige Inhalte beschränktes *pactum subiectionis* aller Schwörenden einen stärkeren Dritten ins Leben rufen, stärker zumindest als alle Beteiligten für sich allein[136]. Eine Verkörperung dieser kreierten und eigenständig durch Selbstunterwerfung legitimierten Gewalt kann man in den mancherorts bezeugten organisierten »Friedensmilizen«[137] sehen. Dadurch wird im gleichen Zug eine außerordentliche, d.h. außerhalb der herrschaftlich-genossenschaftlichen Gerichtsstruktur angesiedelte Strafgewalt etabliert, ein Abseitsstehen, das den eigenständigen Charakter der Willkür und die Nichtableitbarkeit aus den anderen beiden Rechtsformen unterstreicht. Die dahinterstehende Idee ist, daß hier mit der ganzen Person (mit Körper, Seele und Vermögen) eingetreten wird durch das am stärksten bindende ›Rechtsgeschäft‹, das des freiwillig geleisteten Eides[138] – der allerdings, betrachtet man die Quellen genauer, ganz so freiwillig auch wieder nicht gewesen sein dürfte, wird denn die Exkommunikation auch jenen angedroht, die den Beitritt zur Verschwörung verweigern[139]. Zur ›Willkür‹ als idealtypischer Form gehört aber die Idee der (freiwilligen) Selbstunterwerfung[140].

Was mit den ersten Gottesfrieden in Le Puy[141] (975) und Charroux[142] (989) begründet wurde[143], begegnet Ende des 11. Jahrhunderts in Deutschland mit dem charakteristischen Unterschied, daß hier nun mit Heinrich IV. der Herrscher selbst sich an die Spitze der Bewegung stellt[144], während in Südfrankreich gerade die

136 E. Wadle – Gottesfrieden und Landfrieden als Gegenstand der Forschung seit 1950, S. 88.

137 R. Große, a.a.O. S. 87. Egon Boshof spricht von kirchlich organisierten »Volksmilizen« (ders. – Die Salier, S. 112). Zum Charakter derartiger militärischen Verbände als rechtlicher ›Zwangsapparat‹ G. Dilcher – Die Zwangsgewalt und der Rechtsbegriff vorstaatlicher Ordnungen im Mittelalter, S. 137. Zur moraltheologischen Seite des gewaltsamen Mitwirkens bei der Friedenswahrung E.-D. Hehl – Die Sorge für den Landfrieden als Fall des gerechten Krieges.

138 Vgl. P. Prodi – Das Sakrament der Herrschaft, S. 20 f.

139 H. Hoffmann – Gottesfriede und Treuga Dei, S. 17. Immerhin läßt sich die Exkommunikation im Wortsinn als Ausschluß aus der Gemeinschaft der (*ex definitione* den Frieden als Gut anstrebenden) Christenheit als Maßnahme für die Eidverweigerung damit begründen, daß der Weigernde, der seine angestammten Rechte auf Gewaltausübung nicht sich beschneiden lassen will, sich gewissermaßen selbst aus der Gemeinschaft der Friedenswilligen ausschließt. Dennoch ist der Gedanke nicht stark genug, um selbst an die Stelle der eidlichen Verschwörung treten zu können.

140 Dazu W. Ebel – Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, S. 22.

141 W. Hartmann – Gottesfriede, Königsfriede, Landfriede, S. 24.

142 A.a.O. S. 23; J. Martindale – Peace and War in Early Eleventh-Century Aquitaine, insbes. S. 159 ff.

143 Es soll hier nicht unterschlagen werden, daß zwischenzeitlich in Frage gestellt worden ist, ob hier wirklich grundsätzlich Neues in Erscheinung tritt, z.B. durch J. Martindale – Peace and War in Early Eleventh-Century Aquitaine.

144 »Im Jahre 1084 etwa verkündete der Mainzer Erzbischof einen Gottesfrieden in Gegenwart König Heinrichs IV.« H. Vollrath – Die deutschen königlichen Landfrieden und die Rechtsprechung, S. 598.

Abwesenheit effektiver Königsgewalt als entscheidendes Motiv für die Entstehung der Gottesfrieden diskutiert wird[145] und dem Phänomen Bedeutung bei der Entstehung von Territorialfürstentümern attestiert wurde[146]. Blickt man auf den Inhalt, so sind wieder Bemühungen um die Errichtung örtlicher, sachlicher und seit der *treuga Dei* auch zeitlicher Friedenszonen zu erkennen. Der politische Weg des Königtums in Deutschland, selbst die Führung in der Bewegung zu übernehmen und dabei die weltlichen Großen in den religiös motivierten Friedensprozeß einzubinden[147], bedeutet rechtlich, daß *Willkür* und *Gebot* in den deutschen Landfrieden eine teleologische Verbindung eingehen, die über den ursprünglich intendierten engeren Bereich des Kirchenschutzes hinaus auf allgemeine Einschränkung der Gewalt und stärkere Formalisierung der Fehde gerichtet ist. Was die Willkür bzw. das gewillkürte ›Recht‹ unter dem Aspekt des Rechtszwanges auszeichnet, ist die Herstellung einer unmittelbaren Verknüpfung zwischen statutarischer ›Norm‹ und ›Strafsanktion‹, die zunehmend Eingriffe in die körperliche Integrität mit einschließt. Willkür ist zugleich der Hebel, mit dem bewußte Rechtserneuerung ohne ideologischen Umweg über die Figur der notwendigen Rechtsbesserung möglich wird[148] bzw. der Bruch mit bestehenden *consuetudines* (»Willkür bricht Landrecht«[149]). Dort, wo sie (wohl nicht vor dem 12. Jh.) bewußt zu diesem Zweck eingesetzt wird, bekundet sie – im Gleichklang mit vielen anderen in dieser Zeit auftauchenden Modernismen bis hin zur aufkommenden Verwendung des Wortes *modernus*[150] – den Einbruch einer juristischen

145 »Die Defizienz königlicher und fürstlicher Friedenssicherung hatte die kirchliche Friedensordnung am Ende des 10. Jahrhunderts in Südfrankreich ins Leben gerufen.« R. Kaiser – Selbsthilfe und Gewaltmonopol, S. 65. »Der Gottesfriede nahm im letzten Viertel des 10. Jahrhunderts seinen Ausgang im Westen Aquitaniens und in der Auvergne, erfaßte in einer zweiten Welle seit 1020 Burgund und konnte von dort wenige Jahre später nach Nordfrankreich und Flandern übergreifen. Nachweisen läßt er sich ferner in Italien und Katalonien, während er im übrigen Spanien kaum, im Reich nur westlich des Rheins und in England so gut wie gar nicht Fuß zu fassen vermochte: Ein starkes Königtum war seiner Verbreitung hinderlich.« R. Große, a.a.O. S. 86f. Gegen die These von der ›feudalen Anarchie‹ wendet sich H.-W. Goetz – Die Gottesfriedensbewegung im Lichte neuerer Forschungen, S. 37f.

146 O. Engels – Vorstufen der Staatswerdung im Hochmittelalter, S. 83ff.; vgl. E. Boshof – Die Salier, S. 110f.

147 »Das Königtum übernimmt von der Gottesfriedensbewegung die Führung einer ganz neuen Friedensbewegung. Sie stützt sich auf die Einbindung der Großen in Friedenseinungen, aber auch auf stark emotional und religiös gefärbte Volksbewegungen für den Frieden.« G. Dilcher – Friede durch Recht, S. 226.

148 W. Ebel – Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, S. 20; G. Dilcher, a.a.O. S. 219.

149 W. Ebel, a.a.O. S. 24. Auf das tatsächlich äußerst komplexe Verhältnis von Willkür – *consuetudo* – Recht kommt J. Weitzel – Der Grund des Rechts in Gewohnheit und Herkommen, S. 149ff., zu sprechen.

150 W. Hartmann – ›Modernus‹ und ›antiquus‹.

Moderne. An dieser Stelle begegnen im Mittelalter erstmals Rechtsverhältnisse, die einem positivistischen Rechtsbegriff, wie dem Kollers, einen Anwendungshorizont eröffnen. Hier werden (neue) bedingte, der Subsumtion zugängliche Rechtsnormen gesetzt, und zugleich wird deren Befolgung durch die gleichzeitig statuierten Sanktionsfolgen garantiert. Aber wahrscheinlich bricht in dieser Bewertung das normativistische Paradigma des Juristen vorschnell durch, und es sollte die Warnung Hanna Vollraths beherzigt werden, die im Zusammenhang mit deren innovativem Charakter auf »die Gefahr, die Landfrieden wie moderne Gesetzestexte zu lesen«[151] hinweist. Auf lange Sicht, wird man dennoch annehmen dürfen, hat die Einschmelzung von gewillkürtem Recht und Gebotsgewalt im ›Gesetz‹ unter inhaltlicher Absorption überkommener rechtlicher Gewohnheiten mit gleichzeitiger Marginalisierung dieser alten Rechtsschicht als eigenständige Rechtsquelle zum modernen Rechtsbegriff mit der diesem eigenen ›Idee der Gesetzgebung‹[152] geführt.

Zur wirklichen Entfaltung mit nachhaltiger gesellschaftsverändernder Wirkung kommt der Typus gewillkürten Rechts allerdings weder in der Friedensbewegung noch in den gildeartigen Verschwörungen, sondern in dem weltweit als einzigartig und als abendländisches Spezifikum[153] angesehenen Phänomen der kommunalen Verschwörung der Stadt[154]. Die Anfänge der Gemeindebildung liegen im späten

151 H. Vollrath – Probleme um die Landfrieden, S. 14.

152 »[…] aber man kann – jedenfalls in der Idee – das Recht nicht machen. Machen kann man aber eine Absprache, eine Einung, eine ›Willkür‹, eine Satzung. Hier liegt [neben der Rechtsbesserung] die zweite begriffliche Wurzel der Gesetzgebung. Mit ihr beginnt recht eigentlich die Mobilisierung des Rechts.« W. Ebel, a.a.O. S. 21.

153 Vgl. das Stadtkapitel in M. Weber – Wirtschaft und Gesellschaft, S. 741 ff. Zur Stellung von Max Weber bzw. Wilhelm Ebel in der Geschichte der Erforschung des Stadtrechts siehe G. Dilcher – ›Hell, verständig, für die Gegenwart sorgend, die Zukunft bedenkend …‹, S. 19.

154 »Die städtisch-kommunale Ordnung setzt nicht nur ein viel dichteres System von materiellen Rechtsregeln (Statuten, verwillkürtes Stadtrecht) in Wirksamkeit, sondern beruht eben auf der selbstgeschaffenen Zwangsgewalt *(districtus sacramenti)* und bietet überdies die eidlich verpflichteten Bürger als Kontroll- und Zwangsapparat gegen jeden Übertreter auf.« G. Dilcher – Recht ohne Staat, Rechtsdurchsetzung ohne Staat?, S. 152. »Von ihren Anfängen her ist die statutarische Rechtsetzung der Kommunen eingebettet in ein weites Umfeld von Satzungen, die sich Vereinigungen, Genossenschaften, Gesellschaften unterschiedlichsten Charakters durch gemeinsamen Beschluß ihrer Mitglieder gegeben haben und deren Verbindlichkeit für diesen Personenkreis aus der eidlichen Verpflichtung aller ›Genossen‹ resultiert.« H. Keller, R. Schneider – Rechtsgewohnheit, Satzungsrecht und Kodifikation in der Kommune Mailand vor der Errichtung der Signorie, S. 176. Zur Stadt: E. Ennen – Die europäische Stadt des Mittelalters; W. Ebel – Der Bürgereid; K.S. Bader, G. Dilcher – Deutsche Rechtsgeschichte. Zu den differierenden Verhältnissen der Stadtentwicklung in Deutschland und Oberitalien G. Dilcher – Die staufische Renovatio im Spannungsfeld von traditionalem und neuem Denken, S. 619 ff.

11. Jahrhundert,[155] und neben der zeitlichen Koinzidenz mit der Friedensbewegung gibt es auch eine inhaltliche: auch die Städte sind eidliche Verschwörungen zum Frieden[156] (»*conjurationes* und *communiones iuratae*«[157]), auch sie sind wie die Gottes- und Landfrieden befristet und bedürfen steter Erneuerung für ihre Verbindlichkeit. Trotzdem wird in der Forschung nicht von einer kausalen Beeinflussung ausgegangen, sondern vom Aufgreifen der gleichen Idee in verschiedenen sozialen Zusammenhängen[158]. Wieder ist mit dem Eid die Setzung von (neuen) Normen und deren Verbindlichmachung durch »Akte freiwilliger Selbstunterwerfung«[159] seitens der Verschworenen verknüpft, Normen, die generell sind (in der Rechtsgeschichte darum als sog. statutarische Willkür bezeichnet werden[160]) und es erlauben, von den überkommenen rechtlichen Gewohnheiten nicht geregelte Problembereiche zu verrechtlichen. Ein Beispiel gerade für bewußte Rechtsetzung im Gegensatz zu der sonst nur punktuell als Rechtsbesserung greifenden »liefert die mittelalterliche Stadt. Ihre gegenüber dem konservativen Landrecht sich schnell verändernden Lebens- und Wirtschaftsformen forderten völlig neue Normen; das Willkürrecht wurde zur Hauptquelle des Rechtslebens«[161]. Durch das neugeschaffene Normsetzungsinstrumentarium kann sich das Stadtrecht »explosionsartig ausweiten und ausdifferenzieren, unter ausdrücklichem Zugeständnis, Neuerungen einführen, die dann allerdings vom bürgerlichen Konsens […] getragen sind«[162]. Im Gegensatz zum vergangenheitszentrierten Konsens der Rechtsgewohnheit (›so haben wir immer gelebt‹) ist der Konsens der städtischen Willkür zukunftsgerichtet (›unter diesen Regeln wollen wir künftig leben‹). Zur Sicherung der Einhaltung der statuierten Bestimmungen wurde in den Städten – wie auch in den Landfrieden – zunehmend und differenziert auf peinliche Sanktionen zurückgegriffen[163], so daß VIKTOR ACHTERS These von der

---

155 G. Dilcher, – ›Hell, verständig, für die Gegenwart sorgend, die Zukunft bedenkend …‹, S. 20.

156 O.G. Oexle – Friede durch Verschwörung, S. 143.

157 G. Dilcher – Stadtherrschaft oder kommunale Freiheit, S. 34.

158 Siehe dazu H.-W. Goetz – Gottesfriede und Gemeindebildung; H. Keller – Der Übergang zur Kommune; J. Fried – Die Formierung Europas 840–1046, S. 178.

159 G. Dilcher – Gewalt, Friede und Recht, S. 100.

160 »Für den Bologneser Magister [Boncompagno da Signa] ist *statutum* das einzelne Rechtsgebot […] Eine derartige Satzung bindet einen definierten Personenkreis; sie besteht aus Rechtsgebot und Strafandrohung, in der die Sanktion für den Fall der Nichtbeachtung fixiert ist.« H. Keller, R. Schneider, a.a.O. S. 176.

161 W. Ebel – Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, S. 23; vgl. ders. – Der Bürgereid, S. 202 ff.

162 G. Dilcher – Bildung, Konstanz und Wandel von Normen und Verfahren im Bereich mittelalterlicher Rechtsgewohnheit, S. 192.

163 »Wie in den Landfrieden findet sich für eine Rechtsverletzung die Strafe für den Eidbrecher, das Abhakken der Hand. Aber schon sehr schnell entstehen differenzierte Strafen für die verschiedensten Rechts-

»Geburt der Strafe im 12. Jahrhundert« als Hervortreten gerade dieses Zusammenhangs beim Aufblühen des mittelalterlichen Städtewesens gelesen werden kann. In der statutarischen Willkür liegt die im Vergleich zum archaischen Strafgedanken bedeutendere Wurzel für die Verbreitung peinlichen Strafrechts im Spätmittelalter und in der frühen Neuzeit; zugleich ist damit eine rechtliche Zwangsgewalt geschaffen, die in unmittelbarer Verknüpfung von Sanktion und Norm deren Wirksamkeit garantiert. Mit dem Willkürrecht in dieser allgemeinen und organisierten Form ist als (Teil-)Vorläufer auch des späteren obrigkeitlichen Gesetzesrechts eine neue Stufe der Verrechtlichung und Positivierung des Rechts erreicht. Dieser Vorgang ist – insbesondere von Karl Kroeschell in dessen *Rechtsgeschichte* – unter dem Aspekt einer »Rationalisierung des Rechts im 12. und 13. Jahrhundert«[164] wahrgenommen worden, wobei der Wandel im Verfahren und im Beweisrecht dafür Anknüpfungspunkte bieten: »Die Abschaffung der Gefahr des Prozeßformalismus, von gerichtlichem Zweikampf und Gottesurteilen sind augenfälliger Inhalt der älteren Stadtrechtsprivilegien«[165]. Rational sind auf ihre Weise natürlich auch das Kompositionssystem oder selbst Fehdeführung oder reines Selbsthilfeverfahren. Der Rationalitätsbegriff, der hier angesprochen wird, meint die Transformation des Rechts in für uns heute vertraute, d.h. ›moderne‹ Verhältnisse, steht also in engem Zusammenhang mit einem Begriff abendländischer Moderne, deren Einsetzen ja vielfältig in Wissenschaft, Kunst, Religion, Wirtschaft etc. in dieser Schwellenzeit beobachtbar ist[166].

Der beschriebene Wandel ist nicht allein der Form des Willkürrechts anzurechnen, in Wahrheit liegt eine komplexe Gemengelage rechtlicher Phänomene vor: stadtrechtliche Bestimmungen begegnen zuerst in Stadtrechtsprivilegien und die ›Willküren‹ haben demgegenüber ergänzenden, ins Detail gehenden, ›polizeylichen‹ Charakter. Weiters bleiben für städtische Zwecke modifiziertes Landrecht und Willkürrecht in der Verfolgung verfahrensmäßig und organisatorisch noch lange getrennt. Alles deutet auf einen langen, vielschichtigen, in unterschiedlichen Städten

---

brüche, für Tötung, für Körperverletzung, für Diebstahl, für Hausfriedensbruch und auch für kleinere Delikte, für letztere vor allem Geldstrafen.« G. Dilcher – Gewalt, Friede und Recht, S. 100.

164 »Es ist oft beobachtet worden, daß sich seit dem 12. und 13. Jahrhundert eine wesentliche Rationalisierung des Rechts vollzieht […] etwa der Übergang zu vermehrter Schriftlichkeit oder die Ausschaltung von Selbsthilfe und Rache. Alle diese Wandlungen haben dem Recht allmählich ein neues Gepräge gegeben, und es waren die Städte, die bei diesen Veränderungen eine führende Rolle gespielt haben.« K. Kroeschell – Deutsche Rechtsgeschichte I, S. 266.

165 G. Dilcher, – ›Hell, verständig, für die Gegenwart sorgend, die Zukunft bedenkend …‹, S. 32; vgl. ders. – Bildung, Konstanz und Wandel von Normen und Verfahren im Bereich mittelalterlicher Rechtsgewohnheit, S. 192.

166 Das alles wird gerne unter dem Titel ›Renaissance des 12. Jahrhunderts‹ angesprochen.

variantenreich ablaufenden Einschmelzungsprozeß parallel zu einem die Rechtsstellung der Stadtbewohner massiv verändernden sozialen Abschichtungsprozeß hin, dessen einzelne Elemente nicht ausnahmslos schon ihre abschließende Deutung erfahren haben. So werden z.B. in der häufig auftretenden Paarformel *iura et consuetudines* letztere von Karl Kroeschell als Erscheinungsform der Willkür gedeutet, von Jürgen Weitzel jedoch als jüngere das Recht an die Erfordernisse städtischen Lebens anpassende Rechtsgewohnheiten[167].

In strafrechtlicher Perspektive – um die Aufmerksamkeit wieder auf den (physischen) Rechtszwang und seine Bedeutung für die Wirksamkeit von Recht zu lenken – ist jedenfalls zu konstatieren, daß Körperstrafen über Freie nunmehr auf Selbstunterwerfung durch Eid beruhen, die – für eine dauerhafte Statuierung von Normen war die Einrichtung zu jung – periodisch erneuert werden mußte, »weshalb z.B. das Stadtrecht grundsätzlich bei jedem Ratswechsel durch den Gesamtschwur (conjuratio) der Bürger und des neuen Rates erneuert wurde«[168].

Es ist hier nicht der Ort, die rechtliche Sonderentwicklung der Stadt weiterzuverfolgen. Die Wandlungen, die sich hier vollziehen, sind Teil einer weiter greifenden Transformation, der Umbruch des 11. Jahrhunderts[169] ist mehrstimmig – wie erstmals auch die Musik jener Epoche[170]. Mindestens so bedeutsam ist die Entstehung des gelehrten Rechts, wie überhaupt das Spürbarwerden eines neuen rationalen Zugangs zu den Dingen, einer im Stichwort »scholastische Methode«[171] zusammengefaßten Weise, Wissen zu ordnen und Widersprüche vorerst sichtbar zu machen, späterhin sie systematisch zu tilgen: ein frühes Stadium moderner Wissenschaft. Ebenso umwälzend ist der gesetzgeberische Anspruch, der im späten 11. Jahrhundert unter Papst Gregor VII. als Waffe in der von ihm losgetretenen »päpstlichen Revolution«[172] proklamiert wird. Zugleich bedeutete das die schwer-

---

167 Vgl. dazu W. Ebel – Der Bürgereid, S. 4f.

168 G. Dilcher, – ›Hell, verständig, für die Gegenwart sorgend, die Zukunft bedenkend …‹, S. 24. Recht anschaulich wird dieses Faktum der Befristung durch Karl Kroeschell in der Diskussion im Anschluß an seinen Vortrag *Verfassungsgeschichte und Rechtsgeschichte des Mittelalters* beschrieben: Ist die Frist, für die der Frieden beschworen wurde, abgelaufen, dann »ist der Frieden wieder weggefallen. Stadtrechte liefern dafür die Belege: dann gibt es keine peinliche Strafe mehr, dann wird nicht gehenkt, geköpft oder die Hand abgehackt: dann wird wieder nur die Buße bezahlt nach dem Spruch der Schöffen!«, K. Kroeschell – Verfassungsgeschichte und Rechtsgeschichte des Mittelalters, S. 82.

169 Zum Hintergrund K. Leyser – Am Vorabend der ersten europäischen Revolution.

170 Dazu H.H. Eggebrecht – Die Mehrstimmigkeitslehre von ihren Anfängen bis zum 12. Jahrhundert.

171 Dazu M. Grabmann – Die Geschichte der scholastischen Methode.

172 Zu diesem Begriff H.J. Berman – Recht und Revolution und K. Leyser – Am Vorabend der ersten europäischen Revolution.

ste Krise der ottonisch-salischen Herrschaftsauffassung, die ihrerseits wieder einen Paradigmenwechsel ausgelöst hat, weg von der persönlich-sakralen Legitimierung des Königs hin zu einer Reaktivierung des Potentials, das im römischen Recht steckt[173].

*Zwangsgewalt am Beispiel des ›Wormser Hofrechts‹*

Eine »wichtige Stufe zwischen Volksrechten und Landfrieden«[174] bildet das sog. ›Hofrecht‹[175] Burchards von Worms[176] aus den Jahren 1024/25, seit dem 12. Jahrhundert auch als *Lex familiae Wormatiensis ecclesiae* bezeichnet[177]. Es steht mit seiner Kombination von Elementen des Kompositionssystems mit Leibstrafen im Spannungsfeld von Fehde, Buße und Strafe und ist als in seiner Zeit einzigartiger Rechtstext wichtige Quelle sowohl für den Stand des Fehdewesens im 11. Jahrhundert als auch für die Entwicklung des Strafrechts[178] bzw. des Stadtrechts[179]. Für die Charakterisierung des Fehdewesens wird gerne einerseits auf Gregor von Tours

173 Vgl. T. Struve – Die Salier und das römische Recht; ders. – Die Stellung des Königtums in der politischen Theorie der Salierzeit, S. 234 ff.

174 G. Dilcher – Mord und Totschlag im alten Worms, S. 98; zum Typus der Hofrechte ders. – Zeitbewußtsein und Geschichtlichkeit im Bereich hochmittelalterlicher Rechtsgewohnheit, S. 47 ff. Keller – Die Idee der Gerechtigkeit und die Praxis königlicher Rechtswahrung im Reich der Ottonen, S. 113 ff.

175 Text und deutsche Übersetzung in Quellen zur deutschen Verfassungs-, Wirtschafts- und Sozialgeschichte bis 1250, ed. L. Wenrich, Nr. 23. Partiell abgedruckt (und kommentiert) auch in K. Kroeschell – Deutsche Rechtsgeschichte I, S. 134–137. Zum sozialen Hintergrund siehe H. Fuhrmann – Deutsche Geschichte im hohen Mittelalter, S. 48 ff.

176 Allg. zu Burchard siehe R. Schieffer – Burchard von Worms; T. Reuter – Ein Europa der Bischöfe.

177 G. Theuerkauf – Burchard von Worms und die Rechtskunde seiner Zeit, S. 158. Die mit dem Hofrecht Burchards einsetzende »Linie setzt sich fort mit dem Recht der Limburger Klosterleute von 1035, dem Bamberger Dienstrecht (wohl 1057–1064), dem Hofrecht von Münchweier (gegen 1150), aber auch dem Kölner Dienstrecht (wohl 1154).« G. Dilcher – Der Kanonist als Gesetzgeber, S. 105.

178 Hagen Keller sieht darüber hinaus im Hofrecht, allein schon aus dem Umstand heraus, daß es schriftlich festgehalten wurde, ein (frühes) Zeugnis für den Übergang der Rechts in eine schon deutlicher von Schriftlichkeit geprägte Phase, die im Streit um ›die Investitur‹ in der zweiten Hälfte des 11. Jahrhunderts ihren ersten Höhepunkt erfährt und im Zuge der gewaltigen Ausweitung pragmatischer Schriftlichkeit, wie des wissenschaftlichen Umgangs mit Rechtstexten im 12. Jahrhundert zu einem neuartigen Rechtsbegriff führt; ders. – Schriftgebrauch und Symbolhandeln in der öffentlichen Kommunikation, S. 16 f.

179 Man kann im Hofrecht auch »ein erstes Beichpiel der stadtherrlichen ›Bischofsrechte‹ sehen« (G. Dilcher, a.a.O. S. 108). Vgl. ders. – Stadtherrschaft oder kommunale Freiheit, S. 37 ff.

zurückgegriffen[180] und andererseits auf die Ausführungen von Otto Brunner über die spätmittelalterliche Fehde an der Schwelle ihrer Überwindung durch den neuzeitlichen Staat[181]. Liegen die als prototypisch für das mittelalterliche Fehdewesen beschriebenen Phänomene hier fast ein Jahrtausend auseinander, so markieren die blutigen Fehden zwischen den Hintersassen innerhalb der Wormser Kirche und mit denen der Abtei Lorsch, auf die Burchard als Bischof und Heinrich II. als König reagieren, Verhältnisse, die zeitlich in etwa in der Mitte liegen. Der Text offenbart eine Schwellenzeit, er gewährt einerseits einen Blick auf archaische Sühnepraxis und zeigt zugleich innovative Momente und eine bis in die Wortwahl hinein spürbare Zukunftsorientierung der Regelung. Nach Gerhard Dilchers Beobachtung ist deutlich zwischen einer weistumsartigen Rechtsschicht und einer weitern bewußt Recht setzenden zu unterscheiden[182].

Das Hofrecht ordnet die Verhältnisse *infra familiam sancti Petri* (d.h. innerhalb der Hausgenossenschaft des Bistums Worms). In engem Zusammenhang steht ein königliches Präzept Heinrichs II. von 1023 als Reaktion auf die Feindseligkeiten zwischen den Hausgenossenschaften des Bistums Worms und der Abtei Lorsch (*inimicitias inter familias utrumque ecclesiarum*[183]). Eine beinahe textgleiche Regelung erging später auch für die Abteien Fulda und Hersfeld[184]. Die Stoßrichtung aller dieser Texte ist gleichartig. Die Königsurkunden für Lorsch und Worms sind vermutlich in engem Zusammenwirken Burchards mit dem König entstanden[185]. Die Rechtsgelehrtheit Burchards kommt aber im Hofrecht deutlicher zum Vorschein, das z.B. in der Definition der Notwehr weit höhere juristische Differenziertheit aufweist als die weithin Analoges regelnden königlichen Präzepte.

180 Gregor von Tours, Historiarum libri decem, ed. R. Buchner.

181 O. Brunner – Land und Herrschaft.

182 »Die Rechtssprache des Hofrechts spricht also den normativen Charakter der Regelungen außerordentlich deutlich aus; sie unterscheidet genau zwischen Klärung und Aufzeichnung von Rechtsgewohnheit und Anordnungen, Rechtsänderungen oder Rechtsverbesserungen, die vom Bischof ausgehen.« G. Dilcher – Der Kanonist als Gesetzgeber, S. 113.

183 MGH D H II, Nr. 501 (= MGH Const. 1, Nr. 35). Zum Hintergrund siehe G. Dilcher – Mord und Totschlag im alten Worms, S. 94; Weinfurter – Heinrich II. (1002–1024), S. 73; R. Kaiser – Selbsthilfe und Gewaltmonopol, S. 66.

184 MGH D H II, Nr. 507 (= MGH Const. 1, Nr. 36).

185 K. Schulz – Das Wormser Hofrecht Bischof Burchards, S. 255; D. Willoweit – Unrechtsfolgen in Hof- und Dienstrechten des 11. und 12. Jahrhunderts, S. 115.

Auffällig an den Regelungen ist folgendes:

*a)* Leibstrafen werden nur Unfreien angedroht[186] (das gilt sowohl für das Hofrecht, als auch für die Königsurkunden). Das kann daraus abgeleitet werden, daß das im Jahr 1014 verliehene bzw. bestätigte Immunitätsprivileg[187], mit dem die Zuständigkeit des Grafengerichts eingeschränkt wird, von der Neuregelung unberührt blieb: Der Gerichtstag *(placitum legale)* mit Spruch der Schöffen *(iudicium scabinorum)* oder Eid der Freien *(iuramentum liberorum hominum)* bleibt beim Grafen, die Gerichtsbarkeit über die unfreien Hintersassen liegt bei den Vögten[188].

Aus dem Gesagten kann man schließen, daß im frühen 11. Jahrhundert die Zwangsgewalt innovativen Gebotsrechtes, das sich im Text der *Lex familiae* an weistumsartige Rechtsaufzeichnungen (ehe-, erb- und verfahrensrechtlichen Inhalts u.a.m.) anlagert, gerade hinreicht, peinliche Strafen für Unfreie zu statuieren. Leibstrafen über Freie bedürfen einer gesonderten Grundlage auf einer Stufe, die hier historisch noch nicht erreicht ist, nämlich der eidlich bekräftigten Unterwerfung unter statutarische Willkür, wie sie für die späteren Landfrieden oder Stadtrechte typisch sein wird. Ziel des Gebotsrechts mit seinen Zwangsmitteln ist die Erhaltung und Förderung des Friedens, nicht die der Stabilisierung von Rechtsnormen, »zugespitzt gesagt, geht es in der *Lex familiae Wormatiensis ecclesiae* weniger um eine formalisierte, verschriftete Rechtsordnung als um eine Friedensordnung«[189].

*b)* Unfreie führen, soviel ist nach der Klage über 35 Tote allein in einem Jahr klar[190], im 11. Jahrhundert offenbar mit Hingabe blutige Fehden, und die Umstände

---

186 Skeptisch D. Willoweit, a.a.O. S. 119 FN 49: »Daß es sich bei der Haut- und Haarstrafe oft um eine Strafe für Unfreie handelt, wie sich auch für Worms belegen läßt und in der Literatur oft betont wird, ist ein möglicherweise in seiner Bedeutung überschätzter Umstand. Gehörte diese Strafe zum Repertoire der Sanktionen, die Angehörige einer *familia* treffen konnten, dann waren Freie – bei entsprechender Schwere der Tat – von ihr gleichfalls bedroht.« Allgemein ist anzumerken, daß die Unterscheidung frei/unfrei für diese Zeit ein möglicherweise zu grobes Raster darstellt. Freiheit war ein gradueller Begriff. Insbesondere die Freiheit in der Stadt stellt sich als äußerst komplexer und langwieriger Ablöseprozeß alter Bindungen und Abhängigkeiten dar; dazu K. Schulz – Von der familia zur Stadtgemeinde, S. 467 f.; zur sozialen Schichtung in der Wormser *familia* ders. – Das Wormser Hofrecht Bischof Burchards, S. 272 ff.

187 Text und deutsche Übersetzung in Quellen zur deutschen Verfassungs-, Wirtschafts- und Sozialgeschichte bis 1250, ed. L. Wenrich, Nr. 22 (= MGH D H II, Nr. 319).

188 »*comites autem nullam penitus habeant potestatem super familiam predicte ecclesie, nisi in legali placito* […]« A.a.O. S. 86; vgl. G. Dilcher – Mord und Totschlag im alten Worms, S. 95.

189 H. Keller, a.a.O. S. 114.

190 L. Weinrich, a.a.O. S. 100/101.

deuten darauf hin, daß es zwar um die Eindämmung gewisser Exzesse geht, daß aber eine grundsätzliche Berechtigung zur Fehdeführung nicht bestritten wird[191]. Fehdeführung ist hier weder Privileg einer ritterlich lebenden Oberschicht[192] noch wird sie *per se* als Unrecht betrachtet, lediglich als Übel und darin als (legitime) Folge einer nicht funktionierenden Gerichtsbarkeit, in der Rechtsbrüche nicht verfolgt werden (*iniustitia qu*[*a*]*e incorrecta remanserat*[193]).

*c)* Die Rechtssetzungen sowohl des Bischofs wie auch des Königs bleiben auf die konkreten Anlaßfälle, die Fehde innerhalb der Hausgenossenschaft bzw. zwischen solchen einzudämmen, beschränkt[194]; das Hofrecht gilt nur für die *familia* des Wormser Bischofs[195], die Präzepte des Königs beziehen sich nur auf Worms und Lorsch bzw. Fulda und Hersfeld. Es liegt kein darüber hinausgehender Versuch vor, ein allgemeines Gesetz zu erlassen oder allgemeine Beschränkungen vorzunehmen: Überwiegend »basiert die *Lex familiae Wormaciensis ecclesiae* auf Gewohnheitsrecht, das *cum consilio cleri et militum et totius familiae*, also auch mit Rat der *familia* selbst, gewiesen worden ist«[196] und tritt dem Selbstverständnis nach »als eine Art Weistum«[197] auf.

*d)* Im Kern dominiert immer noch der alte volksrechtliche Ausgleichsmechanismus zwischen den Sippen, über den eine Schicht peinlicher Leibstrafen gelegt wird[198]. Das Buß- und Sühneverfahren gilt nicht nur zwischen den Kirchen

---

191 Komplementär dazu gilt offenbar für das gerichtliche Verfahren: »Unfreie können vollwertige Dinggenossen sein, nämlich im Gericht ihres Rechtskreises, dem Hofgericht der Grundherrschaft.« J. Weitzel – Gerichtsöffentlichkeit im hoch- und spätmittelalterlichen Deutschland, S. 74; vgl. ders. – Dinggenossenschaft und Recht, S. 662 ff. bzw. 716 ff.

192 Keine Spur findet sich von einer aus der ›Waffenfähigkeit‹ abgeleiteten ›Fehdefähigkeit‹, wie sie etwa Arno Buschmann am Leitfaden Otto Brunners zum Definitionsmerkmal der Fehde erhebt; vgl. A. Buschmann – Gewalt und Frieden, S 13. Vgl. G. Dilcher – Recht ohne Staat, Rechtsdurchsetzung ohne Staat?, S. 150 ff. bzw. ders. – Gewalt, Friede und Recht, S. 96 f.

193 Sowohl in MGH D H II, Nr. 501, als auch in Nr. 507. G. Dilcher – Mord und Totschlag im alten Worms, S. 95.

194 Aus der Perspektive der späteren Entwicklung der Gesetzgebung wird das als Defizit wahrgenommen: »Jedoch bleibt der königliche Rechtsakt in einem ›Einzelvorgang‹ stecken und stößt nicht bis zur allgemeinen Gesetzgebung vor.« R. Kaiser – Selbsthilfe und Gewaltmonopol, S. 66.

195 »Die Begrenzung auf die Hofhörigen wird auch inhaltlich streng eingehalten. Für andere Bevölkerungsgruppen gelten die Vorschriften nicht, natürlich nicht für den Klerus, aber auch nicht für die an der Abfassung beteiligten *milites*, wenn es sich bei ihnen um freie Männer handeln sollte […]; weiterhin nicht für freie Grundstückseigner, […] die freien *cives* der Stadt […] nicht für die Kaufleute, nicht die Juden.« G. Dilcher – Der Kanonist als Gesetzgeber, S. 110.

196 K. Schulz – Das Wormser Hofrecht Bischof Burchards, S. 257.

197 G. Dilcher, a.a.O. S. 109.

198 Für Details siehe G. Dilcher – Mord und Totschlag im alten Worms, S. 100 f. Dietmar Willoweit zieht

– das streicht gerade das Hofrecht heraus –, sondern auch innerhalb der *familia* und nicht etwa, wie man meinen könnte, einseitige Disziplinargewalt des bischöflichen Herrn[199].

Unter den angedrohten Leibstrafen[200] sind in Hofrecht und Königsurkunden übereinstimmend die Bestrafung an »Haut und Haar« (»*ei tollantur corium et capilli*«) und die Brandmarkung im Gesicht vorgesehen (»*in utraque maxilla ferro comburatur*«), letztere in kasuistischer Differenzierung für den Anführer (»*invasionis dux et princeps*«), wenn der Anschlag auf das Leben mißlingt, sonst aber für alle Beteiligten (»*eius sequaces*«[201]) der Racheaktion. Die Leibstrafe wird nicht mit der Vermögenslosigkeit des Unfreien begründet, die ja nicht vorlag, sondern ist konkreter Ausdruck des Friedensgebots, »dient also gezielt dem Gewaltverbot und der Friedensdurchsetzung, indem die Gewaltanwendung als unehrenhaft innerhalb der kirchlichen *familia* diskriminiert wird«[202].

*e)* Wie Gerhard Dilcher betont, enthält das wiederkehrende *lex erit familie*, das vielen Bestimmungen als Eingangsformel vorangeht, durch das gewählte Futur »einen Akzent bewußter Rechtsbegründung, der anderen mittelalterlichen

---

aus dem Befund weiterreichende Konsequenzen insofern, »[…] als die geläufige Alternative zwischen Kompositionensystem und peinlichem Strafrecht viel zu grob ist, als daß sie das Geflecht der im untersuchten Zeitraum geläufigen Sanktionen zu erklären vermag. Die Folgen eines geschehenen Unrechts trafen den Missetäter auf verschiedenen Ebenen. […] Erstens ist das Wergeld an den Herrn des Getöteten zu entrichten; zweitens muß der Friede mit den Angehörigen des Opfers im Verhandlungswege und durch Ersatzleistungen wiederhergestellt werden; drittens kann den Totschläger aber dennoch eine empfindliche Körperstrafe an Haut und Haaren treffen; viertens wird er […] kenntlich gemacht, unter Umständen durch Brandmarkung für immer; und schließlich konnte die Ungnade den Herrn zur Folge haben, daß der Delinquent vom Umgang mit seinen Standesgenossen ausgeschlossen blieb. Dieses zum Teil gewiß flexible und an örtliche Gegebenheiten anpassungsfähige ›Sanktionensystem‹ ist mit dem Stichwort der ›*compositio*‹ allein nicht zu erfassen.« D. Willoweit – Unrechtsfolgen in Hof- und Dienstrechten des 11. und 12. Jahrhunderts, S. 120. Die Wiederherstellung des Friedens muß dennoch als das Substrat angesehen werden, auf dem dieses ›Sanktionensystem‹ aufbaut: »[…] das Grundanliegen der detaillierten, kasuistisch gegliederten Bestimmungen ist die *reconciliatio*: die Verwandtschaft des Täters muß zur *compositio* bereit sein und der Verwandtschaft des Getöteten garantieren, während diese – gegebenenfalls auch durch Zwang – dazu gebracht werden muß, das Friedensangebot anzunehmen und ihrerseits der Verwandtschaft des Täters *firmam et perpetuam pacem* zu geloben.« H. Keller, a.a.O. S. 114.

199 »Bischof Burchard akzeptiert also grundsätzlich die dinggenossenschaftliche Verfassung der Grundherrschaft und beansprucht keine einseitige obrigkeitliche Stellung.« G. Dilcher – Der Kanonist als Gesetzgeber, S. 112.

200 D. Willoweit, a.a.O. S. 112.

201 L. Weinrich, a.a.O. S. 100.

202 G. Dilcher – Mord und Totschlag im alten Worms, S. 102.

Rechtsquellen, vor allem jenen weistumsartigen Charakters, durchaus fehlt«[203]. Die Neuerungen und damit der Eingriff in überkommene Rechtszustände werden gerechtfertigt durch die Stellung BURCHARDS als Herr über die *familia*, damit zuständig für Friedenswahrung innerhalb dieser, und durch seine Stellung als Bischof, somit aufgerufen, die Sündhaftigkeit zu bekämpfen und »*ratione peccati*«[204] normsetzende Maßnahmen vorzunehmen: »Die Rechtsetzung entspringt der Fürsorge des Bischofs für die Schwachen. Sie gibt sich als Ausdruck seiner *misericordia* – dies ist im 10. Jahrhundert auch für die Rechtspflege des Königs ein zentraler, vielleicht sogar der zentrale Begriff«[205]. Hinter der Neuregelung steht gleichermaßen auch die Autorität des Königs, wobei HEINRICH II. in dieser Hinsicht als starker König anzusehen ist, der sich nicht scheut, wenn er es für nötig hält, in bestehende Rechtsverhältnisse – und das auch unter Protest der Betroffenen – ordnend einzugreifen[206]. Auffallend ist, daß Neuerungen explizit als solche kenntlich gemacht werden.

### *Ergebnis und Analyse der Strukturaufklärung*

Wer in den Zeugnissen organisierten gerichtlichen Zwanges im Frühmittelalter nach Spuren einer direkten, systematischen Verknüpfung von Rechtszwang und dadurch stabilisierter, d.h. in Form und Wirksamkeit gehaltener Rechtsnorm sucht, wird nicht wirklich fündig. In der von der Rechtsgeschichte unter Einbeziehung normativer und nichtnormativer Quellen herausgearbeiteten Struktur eines mehrschichtigen Rechts im Mittelalter kommen allein die statutarische Willkür und damit in Zusammenhang stehende Formen (Einung, Satzung) einem solchen Zusammenhang nahe, werden hier doch konkrete Tatbestände mit Sanktionen verknüpft, während man im gerichtlichen Gebot gewissermaßen den herrschaftlich organisierten Arm des allgemeinen sozialen Druckes zu Kompromißfindung und Streitbeilegung sehen kann. Im gerichtlichen Gebotsrecht – dem auf die Einhaltung einer bestehenden Rechtslage gerichteten Befehl – ist der Konnex von Zwang und Wirksamkeit auf den Einzelfall beschränkt und darum ein formaler, indirekter und vermittelter, weil die materielle Rechtslage, die im dinggenossenschaftlichen Verfahren teils implizit von

203 G. Dilcher – Der Kanonist als Gesetzgeber, a.a.O.

204 A.a.O. S. 117; vgl. auch a.a.O. S. 121.

205 H. Keller, a.a.O. S. 114f.; dazu auch E. Kaufmann – Aequitatis iudicium.

206 Die Herrschaft Heinrichs II. wird von diesem Blickwinkel aus betrachtet in S. Weinfurter – Die Zentralisierung der Herrschaftsgewalt im Reich durch Kaiser Heinrich II.; vgl. ders. – Konfliktverhalten und Individualität des Herrschers am Beispiel Kaiser Heinrichs II.

den Urteilern gewiesen, teils kompromißmäßig von den Streitparteien vereinbart wird, keinen von der Herrschergewalt determinierten Normkomplex darstellt[207]. Eher ist umgekehrt der Umfang und die Reichweite der Gebotsgewalt im Herkommen begründet. Überschreitungen provozieren hier Widerstand, der grundsätzlich als legitim betrachtet wird[208]. Die Masse der ›Normen‹, die Rechtsgewohnheiten, die den ›materiellrechtlichen‹ Hintergrund in den Sühneverhandlungen und im Gericht bilden, entziehen sich dem Zusammenhang überhaupt völlig, weil ihre Wurzeln aus Zeiten herrühren, in denen die ›Selbsthilfe‹ als die »älteste Form der Rechtsdurchsetzung«[209] den einzigen verfügbaren ›Rechtszwang‹ bot und dieser war dem Verletzten und seiner Fähigkeit überlassen, Unterstützung bei »Freunden, Verwandten und Getreuen«[210] zu mobilisieren.

Die Strukturaufklärung hat aber in der fundamentalen Schichtung – Dietmar Willoweit spricht gar von einem »in sich zerklüfteten Gebirge mit ganz verschiedenen Elementen«[211] – des frühmittelalterlichen Rechts Bemerkenswertes zum Vorschein gebracht, das normtheoretisch eine Herausforderung darstellt, da nicht ohne weiteres unterstellt werden darf, man hätte es mit dreierlei Ausprägungen eines im Grunde gleichartigen ›Sollens‹ zu tun, für das ein und derselbe Normbegriff verwendbar wäre. Mit der ›Norm‹ entfällt aber gewissermaßen das gemeinsame Substrat ›Recht‹ für all die verschiedenen Erscheinungsformen – ein in rechtslogischer Perspektive irritierender Befund. Recht tritt im Frühmittelalter (noch) nicht als Einheit entgegen, sondern als eine Art ›Verbundwerkstoff‹, um Ordnung zu stabilisieren und gewisse Klassen sozialer Konflikte zu lösen – oder wenigstens zu begrenzen.

---

207 Ganz anders Hermann Krause in *Königtum und Rechtsordnung in der Zeit der sächsischen und salischen Herrscher*: hinter dem Gewohnheitsrecht stehen bei ihm gewohnheitsrechtsbildende Kreise, die stets mit Herrschaftsgewalt assoziiert sind, vom König über die Kirche bis zu den Grundherrn; selbst dort, wo ein Bezug nicht sichtbar ist, wird er unterstellt: »Neben diesen herrschaftlichen Bildungskräften liegt das breite Feld altüberlieferten Rechts ohne sichtbare herrschaftliche Komponente. Genauer müßte man sagen: ohne nicht mehr sichtbare herrschaftliche Komponente.« A.a.O. S. 8. Krauses Aufsatz steht ganz im Zeichen der von Otto Brunner geprägten herrschaftsorientierten Geschichtswissenschaft. Die Verankerung von Recht in Herrschaft geht in diese Theorie gleichsam als Axiom ein und blickt den Leser immer wieder unvermutet im Text an.

208 Zu diesem Gedanken F. Kern – Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im frühen Mittelalter.

209 F. Beyerle – Das Entwicklungsproblem im germanischen Rechtsgang, S. 206.

210 Für Gerd Althoff sind das die einschlägigen Gruppen, die politische Einheiten strukturieren; für die Selbsthilfe ist aber für eine Unterscheidung zwischen rechtlicher und politischer Beurteilung eines Streitfalles mangels Ausdifferenzierung noch kein Raum. Siehe G. Althoff – Verwandte, Freunde und Getreue.

211 In der Diskussion im Anschluß an den Vortrag von K. Kroeschell – Verfassungsgeschichte und Rechtsgeschichte des Mittelalters, S. 86.

Die Klassifikation in ›*recht*‹, ›Gebot‹ und ›Willkür‹ ist nicht neu, seit langem in der rechtsgeschichtlichen Literatur bekannt[212] (und auch kritisiert[213]) und wird durch die hier vorgenommene Suche nach *dem* Rechtszwang im Frühmittelalter eigentlich nur bestätigt[214]; sie hat den Vorzug »ihren Ausdruck auch in der Sprache der mittelalterlichen Quellen« zu finden[215]. Wir haben drei Begriffe des Rechtlichen vor uns, drei Basisvektoren für die Verortung rechtlicher Strukturen und Zusammenhänge im Mittelalter, die in der Nachfolge von Wilhelm Ebels »grundlegend divergierende[n] Typen der Rechtsgeltung«[216] als rechtswissenschaftliche Kategorien ausdifferenziert wurden[217], um zu vermeiden, in unangemessener und verzeichnender Weise von *dem* ›mittelalterlichen Recht‹ sprechen zu müssen. Hasso Hofmann greift die ebelschen Begriffe (und verwandte Schematisierungen) auf und reiht sie in einen metatheoretischen Zusammenhang ein: er sieht darin – d.h. in der Trias Gebot, Vertrag, Sitte – »Grundfiguren, Schlüsselbegriffe« bzw. »Basisphänomene« oder »Urformen« der Begründung von Rechtsverbindlichkeit[218]. Was im modernen

212 Nachweise bei J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 51 FN 95. Nach Weitzel bedürfen wir »dieser Typen, die im Gegensatz zur allgemeinen Definition ›des Rechts‹ nicht den Außengrenzen, sondern den Binnenstrukturen des Rechts gelten, zum Verständnis des normativen Gesamtgefüges des fränkisch-deutschen Mittelalters. Ohne sie sind die Verschiebungen innerhalb dieses Gefüges, die das frühneuzeitliche Gebotsrecht und schließlich das Gesetzesrecht unserer Tage hervorgebracht haben, kaum zu verstehen und noch weniger zu beschreiben.« A.a.O. S. 54.

213 J. Rückert – Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive, S. 30 FN 78; vgl. ders. – Die Rechtswerte der germanischen Rechtsgeschichte im Wandel der Forschung, S. 281 f. bzw. S. 307.

214 Weitzel kommt zum gleichen Ergebnis – ohne allerdings irgendwelche normtheoretischen Konsequenzen daraus zu ziehen –, indem er von einem von Hermann Kantorowicz herausgearbeiteten Begriff des Rechts als einer »Gesamtheit gerichtsfähiger Regeln« (siehe dazu H. Kantorowicz – Der Begriff des Rechts, S. 87 ff.) ausgeht und feststellen muß, daß der mittelalterliche Begriff ›*recht*‹ (von Weitzel zur Differenzierung zu ›Recht‹ im modernen oder im übergreifenden Sinn darum auch konsequent im Anschluß an die Quellen kleingeschrieben) enger gefaßt ist und Willkür- bzw. Gebotsformen des Rechts nicht mit einschließt. Er sieht sich auf diese Weise gerechtfertigt, Ebels begriffliche Dreiteilung seiner Studie über die Dinggenossenschaft zugrunde zu legen und *recht* auch als rechtstheoretischen Begriff zu verwenden, als eigenständige Form von Recht.

215 J. Weitzel, a.a.O. S. 51.

216 J. Fried – Die Formierung Europas 840–1046, S. 155.

217 Wilhelm Ebel selbst unterscheidet in der Grundformenlehre seiner *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland* zwischen Weistum, Satzung (Willkür, Einung, Gesetz) und Rechtsgebot. Elmar Wadle stellt den Ansatz Ebels in einen ausdrücklichen Gegensatz zu dem streng herrschaftsbezogenen Krauses; siehe E. Wadle – Gottesfrieden und Landfrieden als Gegenstand der Forschung seit 1950, S. 85 ff.

218 H. Hofmann – Gebot, Vertrag, Sitte, S. 11. Vgl. die verwandte, aber nicht deckungsgleiche Differenzierung (»drei Normbildungsformen«) von Joachim Rückert: danach gibt es »viel Recht ›von oben‹, in Form der Planung der bewußten Gesetzgebung, als Befehl (Hugo 1812) oder Gebot (Ebel 1958) usw. und viel Recht als konkret verabredetes in Verträgen aller Art (Hugo 1812: Verabredung; Ebel 1958:

Recht vor dem Hintergrund eines nunmehr theoretisch wie praktisch vereinheitlichten Rechtsbegriffs als Spielart der Begründung von Rechtsverbindlichkeit fortlebt, ist im Frühmittelalter noch auf der Ebene des Rechts selbst als Differenzierung faßbar: drei eigenständige Formen rechtlicher Normierung, die so verschieden sind, daß es keinen anderen gemeinsamen Begriff dafür gibt als den, den die Rechtsgeschichte *ex post* als den gleichbleibenden Gegenstand ihrer Wissenschaft postuliert. Für das Mittelalter selbst gilt, »daß eine einfache Gleichsetzung von *ius* und Recht eine unzulässige Vereinfachung wäre«[219], wie Karl Kroeschell schreibt, aber nicht nur, weil die Begriffe erst mit der Zeit »allmählich […] einander inhaltlich angeglichen«[220] hätten, sondern weil es kein Gegenstück zum modernen übergreifenden Begriff ›Recht‹ gegeben hat. Nach Jürgen Weitzel »handelt es sich freilich nur um Typen des Rechtlichen, die in Verbindung miteinander und in Übergängen zueinander auftreten (können)«[221], wir haben es also, ähnlich wie mit ›Demokratie‹, ›Oligarchie‹ und ›Monarchie‹ oder verwandten Konstruktionen in der Staatsformenlehre mit ›reinen‹ Grundtypen (die sich dann historisch nirgendwo in dieser reinen Form aufweisen lassen) und allerlei Mischtypen in der Phänomenwelt zu tun[222]. Die Entscheidung für die Verwendung dieser Kategorien bedeutet – das ist eine wichtige an dieser Stelle zu betonende Konsequenz – zugleich eine gegen die Unterordnung aller drei Erscheinungsformen unter einen abstrakten Rechtsnormbegriff, dazu sind sie zu heterogen, selbst dann, wenn sie sich als gemeinsame Wurzeln eines historisch später geprägten Rechtsbegriffes erweisen sollten, der mit einem abstrakten Normbegriff, wie er für die moderne Rechtslogik typisch ist, sehr wohl verträglich ist.

---

Satzung). Die Norm ›von oben‹ tritt als ›objektiv‹ den Einzelnen gegenüber, sei es z.B. als vorgegebenes, geoffenbartes Recht, wenn man daran glaubt, oder als gesamt-magisches, wenn man daran glaubt. Aber es gibt dazwischen […] sich spontan bildende Ordnungen, die […] von den einzelnen Mitwirkenden laufend konstituiert werden und dann allmählich ›objektiv‹ gelten.« J. Rückert – Rechtsbegriff und Rechtsbegriffe, S. 595. Rückert verbleibt in seinen Ausführungen jedoch ganz dem normativistischen Schema ›Rechtsregel – Rechtsgeltung – Rechtsanwendung‹ verhaftet und verbindet es mit einem an Luhmann und Hayek orientierten Rechtsgenesemodell.

219 K. Kroeschell – Recht und Rechtsbegriff im 12. Jahrhundert, S. 318.

220 A.a.O.

221 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 53. Weitzel ist es auch, der den wichtigen Hinweis gibt, »daß die Normtrias von Wilhelm Ebel im Hinblick auf die Verhältnisse nördlich der Alpen konzipiert wurde.« J. Weitzel – Die Konstituierung der Gemeinde aus der Rechtstheorie, S. 164.

222 So schon Wilhelm Ebel: »Es widerspräche der geschichtlichen Wirklichkeit und der Vielfältigkeit der Entwicklung, anzunehmen, daß die geschilderten, sozusagen chemisch rein dargestellten Grundformen des Gesetzes immer nur so unvermischt […] aufgetreten seien. […] vor allem stellen die wichtigsten Denkmäler der deutschen Gesetzesgeschichte Mischformen dar, Grundtypenverschmelzungen von unterschiedlicher Legierung […]« W. Ebel – Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, S. 29.

*a) recht.* ›*recht*‹ ist die älteste, tiefstliegende und umfänglichste Schicht im frühmittelalterlichen Recht; es ist – jedenfalls seit ein solches besteht – stark auf das Gerichtsverfahren ausgerichtet, so daß der Begriff als Quellenbegriff nicht so sehr das Recht im Verfahren als das Verfahren selbst meinen kann[223]: eine schriftlose Epoche konkretisiert Recht im Verfahren, dem Gericht[224] kommt eine ausgezeichnete Stellung bei der Gewinnung des (streitig gewordenen) Rechts zu. Während Gerhard Köbler und Karl Kroeschell diesen Gedanken zuspitzend dahin tendieren, dieser Schicht von Recht überhaupt rein prozessualen Charakter zuzuschreiben[225], meint Jürgen Weitzel darin (mit Einschränkungen) durchaus das erkennen zu können, was im modernen Recht dem objektiven Aspekt der Rechtsordnung entspricht, allerdings nicht als vorgegebenes Korpus von Normen, das ›angewandt‹ würde, sondern er spricht davon, daß *recht* im dinggenossenschaftlichen Verfahren »konkretisierend hervorgebracht« würde[226] bzw. von »konkretisierender Bewährung des ungeschriebenen Rechts in der Rechtsprechung (Recht = Gericht)«[227]. Die ›Dinggenossenschaft‹ ist dabei zugleich und ineinander verschränkt »Rechtsfindungs-, Rechtsbildungs- und Rechtsdurchsetzungsstruktur«[228]. Zu bemerken ist, daß wir uns mit der Schicht des *rechts* ganz auf dem Boden des ungelehrten Rechts bewegen[229]. Das *recht*

223 *recht* ist zwar ein Begriff, der sich reichlich in den Quellen findet, aber das gilt streng genommen nur für jüngere Verhältnisse; für das frühe Recht, für das Quellen nur lateinisch vorliegen, findet er nur als rechtstheoretischer Begriff Verwendung. Jedoch ist auch die Verwendung von *lex* als Gerichtsverfahren nachweisbar; siehe J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 1334 u. 1357–1384.

224 Zum Gerichtsbegriff der Mediävistik K. Nehlsen-v. Stryck – Zum ›Justizbegriff‹ der rechtshistorischen Germanistik, insbes. S. 191.

225 Siehe K. Kroeschell – Verfassungsgeschichte und Rechtsgeschichte des Mittelalters, S. 76; ders. – Deutsche Rechtsgeschichte II, S. 86; ders. – ›Rechtsfindung‹, S. 508 bzw. 516; ders. – Recht und Rechtsbegriff im 12. Jahrhundert, S. 317.

226 J. Weitzel, a.a.O. S. 1345 FN 22 im Zusammenhang mit einer Kritik an Hermann Krause.

227 J. Weitzel – Über Oberhöfe, Recht und Rechtszug, S. 26.

228 J. Weitzel – Die Bedeutung der Dinggenossenschaft für die Herrschaftsordnung, S. 354.

229 Das gelehrte Recht ist eine Errungenschaft erst des Hochmittelalters, und dieses hat das ungelehrte nicht einfach abgelöst, sondern sich in den beiden Gestalten der Kanonistik und der wissenschaftlichen Bearbeitung des wiederentdeckten Römischen Rechts (konkret der *Digesten*) parallel zum weiterbestehenden ungelehrten Recht entwickelt. Für ungelehrtes Recht gilt die Charakterisierung, daß »ein von ungelehrten Praktikern in zügig durchgeführten Verfahren mündlich gehandhabtes Recht der Subtilitäten entbehren [muß], jedenfalls im Bereich des materiellen Rechts. Es kann nicht die Regelungstiefe und -dichte aufweisen, die wir heute gewohnt sind […] Das Recht der Laienurteiler war demgegenüber holzschnittartig. […] Ein solches Recht ist jedoch weder irrational und ohne jedes System, noch ist seine Anwendung notwendigerweise willkürlich.« J. Weitzel – Recht und Spruch der Laienurteiler, S. 77. Stößt gelehrter Umgang mit Recht auf Elemente des (ungelehrten) *rechts*, dann wird es – sofern

lebt aus der Überlieferung, aus den tagtäglich wechselseitig geübten und vollzogenen rechtlichen Ansprüchen und aus der immer wieder neu im Dissensfall zu leistenden Interpretation des Herkommens durch die dazu Berufenen; man kann also – wenn man die Differenzierung in objektives und subjektives Recht für diese Zeit als verfrüht hält – versucht sein, im *recht,* wie es Fritz Kern getan hat, die Summe aller subjektiven Berechtigungen sehen[230], die, soweit streitig, im Gericht thematisiert werden. Jedenfalls beziehen sich beide Aspekte, mag man sie nun unterscheiden oder nicht, auf eine vorgegebene oder als vorgegeben angesehene »Ordnung der Dinge«[231] (Ordnung der subjektiven Berechtigungen), insofern diese als gerechtfertigt und damit zugleich als durch ihr bloßes Bestehen auch als verbindlich betrachtet wird[232]. Der normative Aspekt dieser Ordnung ist die Kehrseite der Orientierung an konkreten Situationen in oral geprägten Gesellschaften. Dieser grundsätzliche, Sein und Sollen miteinander integrierende *favor* zu Gunsten des je Bestehenden hindert freilich nicht, bestehende Verhältnisse oder auch lang geübte Gewohnheiten gegebenenfalls auch als *secundum malam consuetudinem* oder *malo ordine* zu qualifizieren und damit

---

überhaupt als rechtsrelevant betrachtet – kategorial in schriftrechtorientiertes und normbezogenes Gewohnheitsrecht transformiert.

230 Siehe F. Kern – Recht und Verfassung im Mittelalter, S. 72: »Das objektive Recht ist nichts als die Summe oder das Geflecht aller subjektiven Rechte der Volksgenossen« und a.a.O. S. 48: »[…] die Nichtunterscheidung von objektivem und subjektivem Recht umkleidete auch den geringsten Rechtsanspruch eines Einzelnen mit der ganzen Heiligkeit der unverbrüchlichen Gesamtrechtsordnung […]«; Kern folgend H. Krause – Königtum und Rechtsordnung in der Zeit der sächsischen und salischen Herrscher, S. 22: »Subjektive Berechtigung einer Person und objektiv geltendes, einen größeren oder kleineren Kreis erreichendes Recht liegen ungeschieden ineinander.« Dagegen ortet Takeshi Ishikawa in seinen Untersuchungen zur Terminologie des *Sachsenspiegels*, in dem sehr viel vom *recht* die Rede ist, für dieses Wort nur ausnahmsweise die Bedeutung von subjektiver Berechtigung; siehe T. Ishikawa – Die innere Struktur des mittelalterlichen Rechts. Die möglichen Bedeutungen des Quellenwortes und die Bedeutungen, die im Rahmen einer Rechtstheorie einem quellennahen Rechtsbegriff zugewiesen werden, sind also streng auseinander zu halten. Der rechtstheoretische Begriff *recht* hat notwendigerweise einen Bezug zur Begrifflichkeit moderner Rechtstheorie und sei es nur dadurch, daß er sich davon distanziert, z.B. von Unterscheidungen wie objektives/subjektives Recht oder öffentliches/privates Recht etc. Dem vormodernen Quellenbegriff *recht* dagegen gehen diese Bezüge *per se* ab; sie werden bestenfalls in diesen hineinprojiziert, wenn er zum Objekt der Rechtstheorie wird.

231 W. Ebel – Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, S. 13; vgl. W. Sellert – Aufzeichnung des Rechts und Gesetz, S. 92.

232 Von einer Sein-Sollens-Dichotomie kann demnach nicht die Rede sein. Das, was besteht, trägt so, wie es besteht, eine gewisse Verbindlichkeit in sich. Natürlich findet sich kein reflektiertes Bewußtsein für diese Verankerung im Tatsächlichen und es ist *ordo* auch kein Leitbegriff für Recht; siehe dazu G. Köbler – Recht, Gesetz und Ordnung im Mittelalter.

als nicht dem Recht entsprechend; allerdings setzt das eine ältere, noch erinnerbare oder doch mittels des Kunstgriffs einer (gefälschten) Urkunde nachweisbare Übung voraus, die ihrerseits diesen Mangel nicht aufwies[233].

Nach Weitzels Ergebnissen aus *Dinggenossenschaft und Recht* erfährt das *recht* in der Frühzeit parallel zur zunehmenden Institutionalisierung des Gerichts einen Wandel von einer Phase I, in der es Sache der Konsensfindung der Parteien sei[234], zu einer Phase II echter Drittentscheidung (zumindest über die Erkenntnis des Rechts im Verfahren, wenn auch noch nicht über den Abschluß des Verfahrens), die stark prozessual ausgerichtet ist (die entscheidenden Fragen sind: wie geht es im Verfahren weiter, wer hat was zu beweisen etc.). In der ersten Phase ist es schwierig, überhaupt von einer objektiven Rechtsordnung zu sprechen. Die Differenzierung zwischen Recht und Unrecht ist von der ›politischen‹ zwischen Freund und Feind nicht wirklich zu trennen und es spricht vieles dafür, hier statt auf Rechtskategorien besser auf solche wie ›Ordnung und Konflikt‹ zurückgegriffen wird, wie sie die Ethnologie entwickelt hat[235]. In der zweiten Phase liegt entwickelte Gerichtsbarkeit bereits vor, die nun das *recht* zu dominieren beginnt. Entsprechend muß in der Bedeutung des Urteils unterschieden werden: es ist einmal (in Phase I) bloße Anleitung für die Setzung von Parteiakten (noch analog zur voraufgehenden reinen Sühnemittlung) und Aussage über die im Verfahren konsensual gestaltete (geänderte) Rechtslage[236]. Später (in der Phase II) ist es selbst Aussage über die materielle Rechtslage im Verfahren: *recht* wird zur exklusiven Sache der Urteiler im Ding.

---

233 H. Keller – Schriftgebrauch und Symbolhandeln in der öffentlichen Kommunikation, S. 15 f.

234 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 1379 ff.

235 Dazu grundlegend S. Roberts – Ordnung und Konflikt. Einen derartigen Ansatz, die Kategorien ›Recht‹ und ›Unrecht‹ konsequent durch ›Ordnung‹ und ›Konflikt‹ zu ersetzen, unternimmt Monika Suchan, allerdings nicht für eine archaische Frühphase des Rechts, sondern für die Verhältnisse im späten 11. Jahrhundert; dies. – Königsherrschaft im Streit, insbes. S. 20 ff.

236 »Die merowingische Definitivsentenz befindet nicht über ein außerhalb des Verfahrens liegendes Rechtsverhältnis, sondern sie bestätigt, daß sich eine Rechtslage durch den Prozeß in einer bestimmten Weise geändert hat.« J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 826. Mittelbar wird sich bei aller Betonung des prozeßleitenden Charakters der Urteile in diesen Aussagen aber wohl doch ein Bezug zu den materiellen ›Rechtsverhältnissen‹ (*recht* als Herkommen und Gewohnheit) herstellen lassen müssen, jedenfalls so lange man überhaupt von einer rechtlich geordneten Welt ausgeht, in der und über die Streit ausbrechen kann, den es dann gerichtlich beizulegen gilt. Es wäre absurd anzunehmen, Recht würde im Verfahren stets *ab ovo* ohne Konnex zu den außergerichtlichen Verhältnissen, die eben auch rechtliche sind und nicht bloß faktische, neu erfunden und sofort wieder verschwinden (»zerbrechen«), wenn erneut darüber unterschiedliche Auffassungen auftauchen.

Weitzel spitzt seine Auffassung vom konsensualen Charakter des Rechts, der mit der Zentrierung im Gericht einhergeht, so sehr zu, daß man seine Position schon als »harmonie-bestimmt« gescholten hat[237]; Recht und Gewohnheit werden zu höchst fragilen Gebilden, denen kaum noch Existenz außerhalb des Endurteils zuerkannt wird, wenn er schreibt: »Das Erfordernis der Wiederherstellung des Konsenses im Gericht bedeutet nicht mehr und nicht weniger, als daß die mittelalterliche Rechtsgewohnheit nur im Konsens ›gilt‹, d.h. verbindlich und notfalls zwangsweise durchsetzbar ist. Zerbricht der Konsens, so zerbricht das Recht. Es wird im Konflikt nicht nur von einer Seite, wie wir es heute sehen – gebrochen, sondern es ist zerbrochen, weil das genossenschaftliche Überzeugungsrecht keine Autorität außerhalb des Rechtskonsenses kennt«[238]. Die Charakterisierung Weitzels, die ihren Ausgang von der empirischen Beobachtung macht, daß alle Rede vom *recht* in den Quellen immer wieder ins Gericht verweist, *recht* gäbe es ausschließlich im Gericht oder zumindest ausschließlich im Konsens[239] (erst der Parteien, später der Urteiler), erscheint sehr eng, und zwar aus folgenden Gründen:

Erstens kann eine Konsensfindung auch außergerichtlich erfolgen und wird es in der Regel auch, solange kein Streit vorliegt[240]. Der Konsens im Gericht setzt

---

237 »Es zeigt sich inzwischen, daß bei aller Anerkennung des durch Weitzel in aller Konsequenz zu Ende gedachten Paradigmenwechsels sein unausgesprochenes Konzept einer Gesellschaft, die durch Gleichheit und Harmonie in Rechtsfragen gekennzeichnet ist, keine Zustimmung findet.« H. Vollrath – Fürstenurteile im staufisch-welfischen Konflikt von 1138 bis zum Privilegium Minus, S. 39 FN 1; widersprechende Replik in J. Weitzel – Rezension zu ›A. Cordes, K. Kroeschell (Hrsg.), Funktion und Form‹, S. 533.

238 J. Weitzel – Gewohnheitsrecht und fränkisch-deutsches Gerichtsverfahren, S. 74 f. Ähnlich schon in *Dinggenossenschaft und Recht*: »[Eine] außerhalb des Gerichtes existente Ordnung […] existiert nur so lange, als das Recht nicht streitig geworden ist. Im Streitfalle zerbricht das Recht […] Das fränkisch-deutsche recht lebt und gilt nur im Konsens der Genossen. Dieser wird stillschweigend und selbstverständlich geübt oder im gerichtlichen Verfahren hergestellt. Ist der Konsens zerstört, so ist das Recht dahin, es ist nicht nur gebrochen, sondern gänzlich zerbrochen, da dem objektiven Recht außerhalb des gerichtlichen Endurteils ein tragendes Medium fehlt, das seine objektive Erscheinungsform ermöglichte.« A.a.O. S. 1345 ff.

239 Weitzels Konsensbegriff ist weitaus ›technischer‹ gefaßt, als wenn etwa Gerhard Dilcher weitläufig von »Legitimierung durch Konsens« im mittelalterlichen Recht spricht; G. Dilcher – Bildung, Konstanz und Wandel von Normen und Verfahren im Bereich mittelalterlicher Rechtsgewohnheit, S. 190.

240 Vereinzelt schreibt Weitzel derartiges auch selbst: »[…] so gibt es im Mittelalter Bereiche des Rechts, die nicht auf das Gericht bezogen werden. Es sind dies vornehmlich das göttliche Recht der Bibel und zumindest im frühen Mittelalter das Recht der Kirchenbuße. Auch darüber hinaus gibt es […] das recht außerhalb und vor der Beziehung zum Gericht als Maßstab und Ausdruck des Richtigen und der Gerechtigkeit. Es war ja das Recht auch damals in weiten Teilen nicht streitig, bewährte sich auch ohne Gericht. Sobald es aber streitig wird […] ist Bezugspunkt […] das Gericht.« A.a.O. S. 1334.

aber einen Dissens außerhalb desselben voraus, der allererst ins Gericht führt. Das, worüber dissentiert wird, muß aber von Anfang an einen Bezug zum Recht *(recht)* haben. Die (als rechtmäßig oder unrechtmäßig) beurteilte Situation wird man darum aber nicht einmal – wenn der Gerichtsweg beschritten wird – der Rechtssphäre zurechnen, das andere Mal – wenn Fehde geführt wird oder Selbsthilfe geübt – aber nicht. Daß mit dem Konsens auch das Recht selbst zerbräche, erscheint damit zu drastisch formuliert[241]. Die Anwendung des Codes recht/unrecht bleibt möglich (es wird wohl jede Partei für sich die rechtmäßige Interpretation in Anspruch nehmen), auch wenn kein Konsens gefunden wird, wie auch heute, wenn ein Fall z.B. mangels Zuständigkeit irgendeiner Entscheidungsinstanz unentschieden bleibt, dieser damit nicht einfach aus der Rechtswelt verschwindet. Der Konsens geht zudem über die bilateralen Beziehungen der Streitenden hinaus, sonst wäre eine Dinggenossenschaft gar nicht denkbar, denn den Hintergrund der Interpretation bilden immer auch die ›*rechts*-Beziehungen‹ aller übrigen Dinggenossen mit den Streitparteien und untereinander. Wer als urteilender Dinggenosse nicht vergleichbare Konstellationen mitbedächte, in die er selbst potentiell verstrickt ist, würde permanent seine eigene Rechtsposition gegenüber den anderen gefährden.

Zweitens ist auch bei reiner Selbsthilfe (z.B. historisch vor der Etablierung von Gerichten oder später, weil kein effektiver Zwang zu diesen besteht) eine Zurechnung des Umstrittenen zur Rechtssphäre naheliegend, solange es in irgendeiner Weise so etwas wie einen gemeinsam strukturierten Maßstab für den Einsatz des Codes rechtmäßig/unrechtmäßig (der vielleicht mit dem Code Freund/Feind verschwimmt) gibt, so sehr auch im konkreten Fall die Interpretationen, auf wessen Seite die Rechtmäßigkeit liegt, divergieren mögen. Selbsthilfe als Rechtskategorie ist nur möglich, wenn *recht* auch außerhalb des Gerichts lebendig und wirksam ist, auch wenn es zusehends sein Zentrum im gerichtlichen Verfahren gewinnt, wie das moderne Recht seinerseits im Text. So wie das Gericht aus Sühneverhandlungen hervorgegangen ist, muß auch die Masse dessen, was inhaltlich *recht* ausmacht, aus vorgerichtlicher Zeit stammen. Es wäre daher vielleicht sinnvoll, das Schema der Entwicklung von *recht* und Urteil um eine ›Phase 0‹ (Selbsthilfe und Sühneverhandlungen vor bzw. neben der organisierten Gerichtsgewalt) zu er-

---

Positiv zur Existenz außergerichtlichen Rechts J. Weitzel – Der Grund des Rechts in Gewohnheit und Herkommen, S. 147: »Ich bin der Auffassung, daß es im frühen Mittelalter sehr wohl auch außerhalb der Zwänge eines einmal akzeptierten Gerichtsverfahrens Streitprogramme und Unrechtskomplexe germanischer Herkunft gab, die man als objektives und materielles Recht zu verstehen hat. Diese Vorstellungen sind allerdings weitgehend subjektiv und verfahrensrechtlich eingekleidet.«

241 Vgl. K. Nehlsen-v. Stryk – Zum ›Justizbegriff‹ der rechtshistorischen Germanistik, S. 218.

weitern und entsprechend von **recht* als Vorläufer des gerichtszentrierten *rechts* zu sprechen[242], *quasi* als tiefstliegendes Sediment der insofern tatsächlich »in graue Vorzeit zurückreichenden ›Rechtsgewohnheiten‹«[243]. Diese Rechtsschicht muß zwangsläufig einem Forschungsansatz entgehen, der als Prämisse setzt (und nicht als Ergebnis erst gewinnt): »Außerhalb des im Gericht gesprochenen Worts gibt es grundsätzlich keine Konkretisierung der Rechtsordnung«[244]. Wenn es aber angesichts des Fehlens positiver materiellrechtlicher Normen – wie Gerhard Dilcher betont – gerade die »Rechtsworte der Dingsprache« sind, die zeigen, »daß sich ein Bewußtsein typisierter Arten der Verletzung der subjektiven Rechtssphäre gebildet hatte«[245], dann ist hier, also innerhalb der Gerichtssprache, der Ansatz

242 Gewisse Aussagen Weitzels, insbesondere in der Auseinandersetzung mit Köbler und Kroeschell, lassen sich vielleicht in diese Richtung deuten: »Als Phänomen aus einer älteren Zeit ist die ewa weder auf die lex begrenzt noch auf ›das Gericht‹ ausgerichtet.« J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 1377; weiters: »Das Entscheidende am Vorbringen Köblers […] liegt in der Einsicht, daß es vor dem Eintreten jener Entwicklung eine vom Gericht und seinem Verfahren unabhängige ›Vorstellung von recht als dem Richtigen‹ gegeben habe. Damit ist aber nicht gesagt, daß jene Richtigkeitsvorstellung von jeglichen Verfahrenselementen frei gewesen sei. Andererseits ist sie, im Sinne des hier verfolgten Verfahrensaspektes der schriftlosen fränkisch-deutschen Rechtskultur, nicht ›notwendig‹ an ein Verfahren geknüpft, sondern hat auch materielle, vor dem Konflikt liegende Inhalte.« A.a.O. S. 1378. Die ›Phase 0 *(*recht)*‹ ginge demnach zu Ende in dem Moment, in dem das Gericht diese vorgegebenen Rechtsvorstellungen zu artikulieren und zu monopolisieren beginnt: »Indem sich das Gericht in den ersten drei Jahrhunderten des fränkischen Reiches als Institution durchsetzt, zieht es ältere, in der Zeit vor der Existenz rationalen Rechtszwanges begründete Vorstellungen auf sich.« A.a.O.; »Die ewa ist ja nicht nur lex, sondern auch ius, fas, praeceptum, instituta, condicio, regula und pactum. Die Wiederherstellung des verletzten Rechts geschieht in Versammlungen, die nicht nur Gericht sind, durch Rede. Sie wird ferner in der ›privaten‹ Sühnehandlung vollzogen. In beiden Fällen haben die Parteien das Verfahren in der Hand. […] Das Richtige hat noch keine innere Verbindung zum Urteilen als Drittentscheidung, weil es selbst im Konflikt nicht von den Urteilern (den Sühnemittlern), sondern von den Parteien bestimmt wird.« A.a.O. S. 1379 f.

243 E. Wadle – Frieden, Zwang, Recht, S. 552. Es wäre jedoch ein Mißverständnis, die Essenz dieser Rechtsschicht mit irgendeiner Vorstellung von einem frühen gemeingermanischen Recht identifizieren zu wollen, »dessen Inhalt aus Berichten antiker Autoren, den Leges des Frühmittelalters und kontinentalen wie skandinavischen Quellen des Hoch- und Spätmittelalters erschlossen werden könnte« (G. Dilcher – Leges, Gentes, Regna: Fragen und Probleme, S. 16).

244 J. Weitzel – Über Oberhöfe, Recht und Rechtszug, S. 24.

245 G. Dilcher – Bildung, Konstanz und Wandel von Normen und Verfahren im Bereich mittelalterlicher Rechtsgewohnheit, S. 188. Vgl. dazu die Arbeiten von Ruth Schmidt-Wiegand: »Im Prozess hatte das Wort mehr als nur deklamatorische Bedeutung. Seine Bindung an bestimmte *Kernbegriffe* und Wendungen wie Paarformeln mit Stab- oder Endreim weist auf die archaischen Stufen des Rechts zurück, als die Formel den Rechtssuchenden zu schützen vermochte, indem sie zugleich den Rechtsfindenden band.« Dies. – Sprache, Recht, Rechtssprache bei den Franken und Alemannen vom 6. bis zum 8. Jahrhundert, S. 141 f.

für eine ältere außerhalb des Gerichts schon konkretisierte und permanent sich konkretisierende Rechtsvorstellung *(*recht)* zu suchen, die aus mehr besteht als rechtsanthropologischen Gemeinplätzen[246]. Weitzel hingegen sieht, indem er »Denken in generellen und verbindlichen Rechtsregeln« und »archaisch unreflektiertes Recht« alternativlos gegenüberstellt, angesichts der Artikulation materieller *rechts*-Verhältnisse im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens nur die Frage aufgeworfen, »inwieweit das materielle Recht an der regelhaft-verbindlichen Qualität des zunächst einmal als Verfahren verstandenen ›Rechts‹ teil hatte«[247]. All das überhaupt unter einen abstrakten Begriff vom Recht bringen zu wollen, scheint für diese frühe Annäherungsphase unangebracht.

Einen Ausweg aus einer allzu rigorosen Beschränkung des *rechts* auf innergerichtliche Vorgänge bieten nicht zuletzt Weitzels Ausführungen, die Nähe von *recht* und Gericht als ein orales Zugangs- und Auslegungsparadigma des Rechts zu deuten, das dem uns heute geläufigen textzentrierten Auslegungsparadigma vorhergegangen wäre: »Bezugspunkt und Bewältigungsmittel des Rechtskonfliktes ist nicht der interpretierbare Text eines Geltung beanspruchenden Schriftrechtes, sondern das gerichtliche Verfahren, das in ihm geoffenbarte Wort und Rechtsbewußtsein der Genossen, insbesondere der Rechtskundigen und Angesehenen unter ihnen. Es können deshalb recht und lex anders als heute, wo wir uns landläufig das Recht als Gesetzessammlung vorstellen, das Gericht und das gerichtliche Verfahren bezeichnen.«[248] bzw. »Das Recht lebte im Wort und nicht in der Schrift. Der Rechtskonflikt wurde in einem mit Zwangselementen angereicherten Rechtsgespräch, nicht aber durch Auslegen eines Normtextes beigelegt. Und dies auch dann […] wenn es Schriftrecht gab«[249]. Diese Deutung läßt einer außergerichtlichen Wirkungssphäre des *rechts* genügend Raum und betont lediglich die herausragende

---

246 Wie problematisch die Methode des Rückschließens auf ›gewachsene‹ ursprüngliche Rechtsvorstellungen ist, haben nicht zuletzt die Arbeiten Karl Kroeschells hinlänglich demonstriert, dessen materiellrechtlichem Skeptizismus hier dennoch nicht gefolgt werden soll. Möglich sollte es jedoch sein, im Zusammenspiel von Rechtsethnologie, Rechtsanthropologie, Rechtsgeschichte und Rechtstheorie mehr oder minder spezifische *Modelle* zu entwickeln, um derlei Früh- und Vorformen des Rechtlichen zu beschreiben. Man wird sich allerdings davor hüten müssen, diese Modelle vorschnell für die Wirklichkeit selbst auszugeben.

247 J. Weitzel – Über Oberhöfe, Recht und Rechtszug, S. 26.

248 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 1333 f. Ähnlich auch auf S. 1350: »Wird das Recht streitig, so gehen unsere Gedanken zum Text, den es auszulegen gilt. Spricht das Mittelalter vom Recht, so schwingen das Gericht und die Gesetzmäßigkeiten der von ihm verkörperten schriftlosen Rechtskultur mit.«

249 J. Weitzel – Gewohnheitsrecht und fränkisch-deutsches Gerichtsverfahren, S. 70; vgl. ders. – Versuch über Normstrukturen und Rechtsbewußtsein im mittelalterlichen Okzident (450–1100), S. 379, bzw. ders. – Schriftlichkeit und Recht, S. 618 und schon ders. – Dinggenossenschaft und Recht, S. 38 FN 63.

Stellung des Gerichts als legitime Erkenntnisinstanz (mit einer zugestandenen schöpferischen Komponente), die das Urteil im Ding vermöge der Förmlichkeit des Verfahrens aus den Rechtsmeinungen, die jeder sich bilden kann, hervorhebt. Diese Form des Gerichts, selbst seinem Ursprung nach in der Unvordenklichkeit des Herkommens sich verlierend und damit – mag die faktische Etablierung auch energischer königlicher Gebotsgewalt der Merowingerzeit sich verdanken – längst selbst Teil des *rechts*, war stark genug, um in einer oral geprägten Welt zum Paradigma des Rechtlichen schlechthin zu werden. Die Annahme eines kontinuierlichen Übergangs vom **recht* der reinen Selbsthilfe zum *recht* des Gerichts und damit eine wohl bestehende partielle inhaltliche Übereinstimmung von beiden, steht der Entwicklung eines solchen Autoritätsmonopols nicht entgegen. Das *recht* gewinnt damit an Bestimmtheit (die es als **recht* noch nicht haben konnte, weil die Selektion nicht vertretbarer Interpretationen noch nicht organisiert war) dadurch, daß es im Gericht Artikulation und Autorität erlangt.

Das Gericht selbst ist in dieser Perspektive ein spätes und komplexes Gebilde, das auf Herkommen *(recht),* Gebot (Verfahrensleitung) und Willkür (Urteilserfüllungsvertrag) gleichermaßen aufbaut; konzeptionell hat es damit an allen drei Basiskategorien teil. Die novatorische Dimension des Verfahrens ist, soweit ein bewußter Vergleich herbeigeführt wird, wie der Urteilserfüllungsvertrag der Willkür zuzurechnen, soweit eine Uminterpretation der rechtlichen wie faktischen Vergangenheit erfolgt, dem *recht*. Das *recht* als solches entzieht sich einer Vereinbarung; Änderungen erfolgen über typisch orale Manipulationen, zu deren Erhellung ein Blick in die ethnologische Literatur aufschlußreich sein dürfte[250]. Die starke Identifizierung von *recht* mit dem Verfahren bzw. mit dem Geschehen innerhalb des Gerichts, die durch die Quellensprache motiviert ist, darf nicht dazu verführen, einer Verwechslung zu erliegen, nämlich die Bedeutung von *recht* als Selbstinterpretation, wie sie sich in den Quellen ausdrückt, und *recht* als rechtstheoretischem Begriff, wie er von den Rechtshistorikern konstruiert wurde, zwar quellennahe, aber doch, um als Werkzeug zur Annäherung an das Phänomen Recht im Mittelalter zu dienen. In letzterer Bedeutung weist der Begriff über das Gericht hinaus in das Umfeld oraler Traditionsbildung, auf ein Recht, das »innerhalb einer konstanten Rahmenvorstellung (etwa über Diebstahl) bei der konkreten Rechtsfindung sich den Verhältnissen durch entsprechende Konsensbildung anpassen [konnte]«[251],

250 Für einen Überblick J. Riegel – Ethnologie und Rechtsgeschichte; R. Schulze – Das Recht fremder Kulturen.

251 G. Dilcher – Bildung, Konstanz und Wandel von Normen und Verfahren im Bereich mittelalterlicher Rechtsgewohnheit, S. 196.

und enthält in dieser Eigenschaft sowohl etwas von Hasso Hofmanns ›Sitte‹ bzw. von Carl Schmitts ›konkreter Ordnung‹ als auch bei aller heute üblich gewordenen Distanzierung etwas von Fritz Kerns ›gutem altem Recht‹.

Das Gericht wird zur authentischen Quelle für das *recht*. Aber ebenso wie der, der sich im Straßenverkehr orientiert, nicht unbedingt Rechtstexte vor sich braucht, entfaltet *recht* seine Wirkung außerhalb des Gerichts und reflektiert eine bestehende rechtliche Ordnung, die über das Gericht hinausgeht. Im Dissensfall ist für das moderne Recht der Rechtstext (das Gesetz, der Bescheid, das Urteil, der Vertragstext etc.) die privilegiert autorisierte Erkenntnisquelle; diese ›Funktion‹ kommt im Mittelalter dem Gericht zu. Aber auch dort, wo der Gerichtsweg nicht beschritten wird, funktioniert der Code recht/unrecht; er setzt gerade keinen Konsens voraus, er ist ein Streitcode – jeder kann ihn für sich reklamieren. Der Konsens wird im Recht bzw. auf dem Boden des Rechts erzielt und das führt zu Frieden und Ausgleich: das *recht* mag dabei Modifikationen erfahren, die durch Reinterpretation der Vergangenheit und Gegenwart konsistent in bestehende Anschauungen eingefügt werden. Wie das genau funktioniert und wie orale Tradition mit Recht und Konstruktionen von Vergangenheiten umgeht, ist bei Weitzel nicht thematisiert.

*b) Gebot.* Die Erscheinungsformen des Gebotsrechts sind vielfältig[252]. Gemeinsam ist allen die Verwurzelung in einem autoritativ ausgesprochenen oder vom ›Normadressaten‹ stillschweigend antizipierten Willen zur Verhaltenssteuerung, der mit einer grundsätzlich anerkannten Herrschaftsposition einhergeht; das Moment der Anerkennung ist wesentlich, weil man andernfalls wohl nicht geneigt sein würde, von ›Recht‹ zu sprechen. Gebotsrecht wird in einem Über- und Unterordnungsverhältnis wirksam und repräsentiert in großer Simplizität den Zusammenhang von Befehl und Gehorsam. Der Anspruch auf Gehorsam mag dabei bisweilen das als legitim empfundene Maß überschreiten[253] – ein

---

252 Ob alle hier zusammengefaßten Erscheinungsformen durch einen Begriff repräsentiert werden können, ist letztlich eine theorieaxiomatische Entscheidung, die als solche weder richtig oder falsch ist, sondern allenfalls angemessen oder unangemessen. Alles hängt letztlich von der Konzeption der Herrschaftsbegriffes für das Frühmittelalter ab: »Entgegen O. Brunner […] kann man nicht davon ausgehen, daß *jede* Form herrscherlichen Handelns und Gebietens ›in seiner Rechtmäßigkeit von jedem bestritten‹, das heißt zur Entscheidung eines Gerichts gestellt oder gar durch rechtmäßige Widerstandshandlungen bekämpft werden konnte. Im militärisch-disziplinarischen Bereich ist dies sicher nicht der Fall. Mit der Möglichkeit gerichtsfreier Gebote in anderen Lebensbereichen muß gerechnet werden.« J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 171 FN 389.

253 So beanspruchte etwa Friedrich Barbarossa »nach dem Vorbild römischer Staatlichkeit in der Lex Omnis das Monopol legitimen Zwanges neben der obersten Gerichtsbarkeit« (G. Dilcher – Recht ohne

gewisses Äquilibrium zwischen der Reichweite des erwarteten Gehorsams und der Bereitschaft, den Befehlen auch zu folgen, muß aber gewahrt bleiben, wobei die darin zum Ausdruck kommende grundsätzliche Beschränktheit des Gebotsrechts wieder ins Feld der Rechtsgewohnheiten, des *rechts* zurückverweist[254]. Eine der Formen ist die oben angesprochene Leitungsgewalt im Rechtsgang unter der »gebotene[n] Friedenspflicht«[255] im Gericht, deren eigenständiger Rechtscharakter in der strikten Trennung von Urteil und Gebot *(iussum, iubere)* sichtbar wurde[256]. Daneben gibt es außergerichtliche Formen, auf königlicher Ebene, abgesehen von der militärischen Befehlsgewalt[257], die Konfiskation, das Restitutionsgebot und das königliche Mandat[258]. Dem König steht zur Sicherung seiner Verfügungen und Befehle im Rahmen der Rechtsgebote der *Königsbann* und die Exekution der davon abgeleiteten *Bannbußen* zur Verfügung[259]. Auf den untergeordneten Ebenen wird jede Herrschaftsgewalt (definitionsgemäß) mit mehr oder minder ausgeprägter Gebotsgewalt einhergehen.

---

Staat, Rechtsdurchsetzung ohne Staat?, S. 147), was, weil es im Bewußtsein der Zeit das zulässige Maß überschritt, auch gewaltsam nicht durchzusetzen war. Vgl. K. Görich – Die Ehre Friedrich Barbarossas, S. 307 ff. (Kapitel *Herrscherliche Autorität und fehlende Akzeptanz*).

254 Umso mehr ist diese Rückkopplung zu beachten, wenn das Gebot auf die Setzung genereller Normen gerichtet ist: »Autoritatives Recht und Rechtsneuerungen konnten sich folglich nur insoweit durchsetzen, als sie in den (Volks-)Gerichten, das heißt aber auch bei den dem König nicht als Amtsträgern verbundenen Urteilern (rachinburgen) Anerkennung fanden.« J. Weitzel – Versuch über Normstrukturen und Rechtsbewußtsein im mittelalterlichen Okzident (450–1100); vgl. ders. – Schriftlichkeit und Recht, S. 611 f.

255 G. Dilcher – Bildung, Konstanz und Wandel von Normen und Verfahren im Bereich mittelalterlicher Rechtsgewohnheit, S. 192.

256 Zur Funktion des Gebots im Verfahren J. Weitzel – Die Formel consilio et iudicio im Lichte des fränkisch-deutschen Urteilsverständnisses, S. 581.

257 H.-W. Goetz – Herrschaft und Recht in der frühmittelalterlichen Grundherrschaft, S. 400 f.; J. Weitzel – Vorverständnisse und Eckpunkte in der Diskussion um ein frühmittelalterlich-fränkisches Strafrecht, S. 545.

258 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 1241; »Die Mandate und ihre Vorläufer im frühen Mittelalter sind Gebote des Herrschers, die der Unrechtsabwehr und dem Friedensschutz dienen. Wie die Restitutionen und Bestätigungen stehen sie außerhalb des gerichtlichen Verfahrens, sind also nicht gerichtliche Entscheidungen, sondern königliches Rechts- und Ordnungsgebot. Das Mandat und die mandatsverwandten Gebote des frühen Mittelalters zielen nicht auf die endgültige, sondern auf eine vorläufige Regelung des Streitfalles. […] Das Mandat stellt sich deshalb als Verhaltensgebot an den mutmaßlichen Rechts- und Friedensbrecher dar, mit der Aufforderung, gegebenenfalls die Sache vor Gericht zu vertreten.« A.a.O. S. 1221 f.; zum Restitutionsbefehl a.a.O. S. 1231.

259 H. Boldt – Deutsche Verfassungsgeschichte Bd. 1, S. 50; J. Weitzel – Vorverständnisse und Eckpunkte in der Diskussion um ein frühmittelalterlich-fränkisches Strafrecht, S. 541; Einzelheiten bei H. Krause – Königtum und Rechtsordnung in der Zeit der sächsischen und salischen Herrscher, S. 65 ff.

Der Zweck des herrschaftlichen Gebots ist in der Welt des Mittelalters ganz mit Händen zu greifen, es geht allen Erscheinungsformen primär einmal um Friedenssicherung, nach innen wie nach außen, sekundär freilich um Festigung und Ausbau von Machtpositionen und damit einhergehender Gestaltung. *Friedenssicherung* als Primärzweck des Rechts behält im Prinzip trotz aller noch zu verzeichnenden Differenzierung bis in die Gegenwart seinen Rang. Die *Gestaltungsfunktion* – Sekundärfunktion des Rechts – tritt demgegenüber anfangs zurück[260], was sich unter anderem darin zeigt, daß das Gebotsrecht individuelle exekutive Züge trägt und auch auf der höchsten Ebene nur ansatzweise zur Quelle für generelle Rechtsnormen wird, thematisch beschränkt auf ›polizeyliche‹ Regelungen[261]. Letztere Versuche waren indes selbst auf ihrem (vorläufigen) Höhepunkt zur Zeit der karolingischen Kapitularien mehr Anspruch als Wirklichkeit[262]. Man kann hinter dem Fehlen (10. Jh.) bzw. in der weitreichenden Unwirksamkeit (9. Jh.) generellen Gebotsrechts die einfache Ursache vermuten, daß die Herrscher dafür zu schwach waren bzw. die Verwaltungsorganisation zu wenig entwickelt, oder aber eine rechtstheoretisch aufwendigere: dem Zeitalter war rechtslogisches Schließen *noch nicht* (bzw. nach dem Verblassen antik-staatlicher Organisation *nicht mehr*) als Instrument des Rechts zugänglich, weder explizit als Reflexion auf vorhandene Normanwendung noch implizit im Vollzug von Recht selbst. Generelle Normen fehlten weithin – das sei hier vorläufig als These

260 Diese Auffassung teilt auch die gegenwärtige Rechtstheorie: »Eine *erste* Funktion des Rechts besteht daher darin, in differenzierten Gesellschaften *Sicherheit* und *Frieden* zu gewährleisten.« Koller – Theorie des Rechts, S. 58. Zumeist wird diese Primärfunktion übersehen, die in Zeiten nicht sich aufdrängen mag, in denen Frieden halbwegs der Normalzustand ist, zugunsten einer wichtigen, aber eben doch sekundären Funktion, der Gestaltungsfunktion des Rechts, z.B. bei F. Bydlinski – Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 191: »Die Hauptfunktion des Rechts liegt in der Kontrolle, Leitung und Planung des menschlichen Zusammenlebens überhaupt.« Die Schaffung des inneren Friedens als Voraussetzung jener bürgerlich-pazifizierten Welt, die derartige *prima-facie*-Beurteilungen des Rechts generiert, ist die eigentlich tragende Leistung des *Rechts* (und nebenbei bemerkt, des *Politischen*), auf der alle anderen erst aufbauen müssen.

261 J. Weitzel, a.a.O. S. 932 FN 63: »[…] meines Erachtens sind die Policeygebote und Ordnungen des ausgehenden Mittelalters und der frühen Neuzeit eine durchaus vergleichbare Erscheinung.« Die ältere rechtsgeschichtliche Lehre hat versucht, mit den *leges* und Kapitularien eine Symmetrie zwischen ›Volksrecht‹ und ›Königsrecht‹ vor dem Hintergrund der Vorstellung zu konstruieren, daß das Karolingerreich bereits staatliche Strukturen i.S.d. 19. Jahrhunderts entwickelt hat.

262 »Unter dem starken Königtum Karls des Großen handelten die Kapitularien vielfach davon, wie man die [verglichen mit dem Niveau einer durch obrigkeitlichen Rechtszwang gesicherten *pax romana* deutlich vorhandenen] Defizite der Rechtsdurchsetzung verringen kann.« G. Dilcher – Zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte der mittelalterlichen Rechtskultur, S. 617.

hingestellt[263] –, weil es kein auf die Anwendung von Normen zugeschnittenes Rechtssystem gab, weder theoretisch, noch praktisch. Wenn Hasso Hofmann dem scheinbar entgegenstehend zum Typus des Gebotsrechts schreibt: »Recht in seinem Wesen als Befehl zu begreifen, bedeutet aber nicht nur, die Verpflichtungskraft mit seiner Ordnungsleistung zu begründen. Das wäre trivial. Vielmehr umschließt die Denkfigur des Rechtsgebots als Kontextualisierungsbegriff darüber hinaus die Vorstellung vom staatlichen Gesetzgeber als einer existierenden überindividuellen und selbst ganz und gar subjektiven, ich-haften Wissens und Willenseinheit«[264], dann gilt das erst für rechtstechnisch weit fortgeschrittenere Verhältnisse auf dem Boden des neuzeitlichen Staates. Für den mittelalterlichen König/Herren beschränkt sich die Reichweite des Gebotsrechts noch auf das individuelle einzelfallbezogene Eingreifen, Befehlen, Ordnen und Bessern und die Verknüpfung dieser der Gesetzgebungsgewalt entbehrenden Herrenstellung mit der Legitimation durch die erbrachte Ordnungsleistung *quasi* in göttlichem Auftrag war für die frühe Herrschaftstheorie alles andere als trivial. Fürstenspiegel[265] und Urkundenarengen[266] kreisen wiederkehrend um dieses Thema.

Alle hier angesprochenen Formen von Gebotsrecht, gerichtliche wie außergerichtliche, haben ihr Fundament in der allgemeinen Ordnungskompetenz des Königs bzw. in abgeschwächter und weniger theologisch grundierter Weise in der jedes Herrschaftsträgers. Die Befehlsgewalt geht ganz im legitimen *ordinare* des Herrn auf[267]: *regnare*, die Ausübung von Herrschaft auf der Ebene der *regna*[268], *ordinare* und darüber hinaus *corrigere* (›Zurechtrücken‹) werden in gewisser Hinsicht zu Synonymen[269]. Mindestens seit der Karolingerzeit ist das

---

263 Die rechtstheoretischen Konsequenzen dieser Deutung werden weiter unten noch ausführlich thematisiert werden.

264 H. Hofmann – Gebot, Vertrag, Sitte, S. 26.

265 H.H. Anton – Fürstenspiegel und Herrscherethos in der Karolingerzeit; N. Staubach – Rex christianus.

266 H. Fichtenau – Arenga.

267 Zur Wortfamilie von *ordo* siehe G. Köbler – Recht, Gesetz und Ordnung im Mittelalter, S. 102 ff. Mit dem ganzen Komplex kommt nichts spezifisch Germanisches zum Ausdruck, er ist im Gegenteil ganz aus dem Lateinischen entlehnt: »Für das Frühmittelalter ist darauf hinzuweisen, daß der schon in der Antike vorhandene Gebrauch von *ordinare* im Sinn von ›bestimmen, festsetzen, verordnen‹ fortgeführt wird, wenn etwa Chilperich I. sein Edikt von 571–74 mit den Worten beginnt: *Nos ordinamus* oder die Lex Visigothorum vom *princeps ordinans* spricht. Dazu stimmt es, daß wiederum in Fortführung des antiken Sprachgebrauchs, die *ordinatio* im Sinne von Anordnung, Dekret oder Befehl verwendet wird […]« A.a.O. S. 105.

268 Vgl. R. Deutinger – Königsherrschaft im Ostfränkischen Reich, S. 34.

269 H.-W. Goetz – Regnum, S. 181.

herrscherliche Befehlen stark christlich geprägt; als Gegenstück zum weltlichen *iubere* entspringt das *corrigere* als geistlich-seelsorgerliches Zurechtrücken (»*correctio pastoralis*«[270]) dem selben christlichen Ordnungsgedanken, nur daß es in der Bußpraxis um die Seelen in ihrem Verhältnis zu Gott geht[271]. Die Bußbücher bilden aber gleichsam spiegelbildlich die gesamte Palette mittelalterlicher Gewalttätigkeit ab[272]. Allein daß neben *ordo* als Substantiv *ordinare* als Verb eine Rolle spielt, zeigt, daß es weniger um eine ewig vorgegebene und realisierte Ordnung geht als um die Wiederherstellung einer solchen. Korrigieren und Ordnen sind von der göttlichen Gnade offerierte Hilfsmittel und primär in die Hände der Könige[273] und Priester gelegt. Für den König aber gilt nach ISIDOR VON SEVILLA im besonderen: »*Non autem regit, qui non corrigit*«[274].

---

270 K. Kroeschell – Recht und Gericht in den merowingischen ›Kapitularien‹, S. 756.

271 Zum Terminus *corrigere* G. Köbler – Richter, richten, Gericht, S. 105 ff.

272 L. Körntgen – Fortschreibung frühmittelalterlicher Bußpraxis; W. Hartmann – Der Bischof als Richter.

273 Vgl. H. Krause – Königtum und Rechtsordnung in der Zeit der sächsischen und salischen Herrscher, S. 13 ff.; H.H. Anton – Fürstenspiegel und Herrscherethos in der Karolingerzeit, S. 291 f.

274 »*Reges a regendo vocati. Sicut enim sacerdos a sacrificando, ita et rex a regendo. Non autem regit, qui non corrigit.*« Isidor von Sevilla, Etymologiae seu origines IX, 3, 4, ed. W.M. Lindsay; vgl. F.-R. Erkens – Herrschersakralität im Mittelalter, S. 100 f. Wie sehr die Ausübung des Königsamtes mit dem *corrigere* verbunden gesehen wurde, erkennt man etwa am Beispiel Kaiser Heinrichs IV. In der diesem Kaiser freundlich gesonnenen *Vita Heinrici IV imperatoris* heißt es an einer Stelle, die seiner vorbildlichen Ausübung des Königsamtes gewidmet ist: »*Prohibebat quoque bella, violentiam et rapinas; nitebatur pulsam pacem et iusticiam revocare, neglectas leges restituere et sceleris licentiam rescare. Quos assuetos sceleri per edictum cohercere non potuit, per censuram legis et ius curiae, mitius tamen quam culpa exigeret, correxit.*« (»Er verbot auch Fehden, Gewalt und Raub; er bemühte sich, den verjagten Frieden und die Gerechtigkeit zurückzurufen, die mißachteten Gesetze wieder zur Geltung zu bringen und die Lust am Verbrechen einzudämmen. Beharrliche Verbrecher, die er durch bloße Verordnung nicht in ihre Schranken weisen konnte, brachte er nach Recht und Gesetz, jedoch milder, als ihre Schuld es verdiente, auf den rechten Weg.«) Vita Heinrici IV Imperatoris c. 2, ed. F.-J. Schmale, I. Schmale-Ott, S. 416/417. Auffallend ist, wie die Komposition von abstrakten Prinzipien *(pax et iustitia)* über das Recht *(leges)* zu konkreten Maßnahmen *(corrigere)* fortschreitet, wobei in die Betonung des Einklangs dieser Maßnahmen mit Recht und Gesetz auch noch die besondere Herrschertugend der Milde *(clementia)* eingewoben ist. Aber auch im Heinrich keineswegs wohlgesonnenen, sondern ihn als üblen Verbrecher hinstellenden *Sachsenkrieg Brunos* stehen Königsamt und *correctio* in enger Verbindung, wenn Bruno den König Verhandlungen mit den Sachsen mit den Worten beginnen läßt: »*Discedere eos ab armis. Si quidquerendum habeant, se paratum animo pacato cognoscere, et si quid sit corrigendum, consilio principum et amicorum suorum corrigere.*« (»Sie sollten die Waffen niederlegen. Wenn sie sich zu beklagen hätten, sei er bereit, es ruhigen Sinns anzuhören, und wenn etwas zu bessern sei, es nach dem Rat der Fürsten und Freunde zu bessern.«) Bruno, Saxonicum bellum, c. 27; ed. F.-J. Schmale, I. Schmale-Ott, S. 226/227 f. Betont wird hier das (*quasi* eine verfassungsmäßige Rahmenbedingung bildende) stets herzustellende Einvernehmen mit den Großen und Getreuen *(consensus fidelium)* bei

Wie sieht es aber – wenn wir die für die meisten Menschen doch weit entfernte und vielfach als gleichsam theologisch entrückt beschriebene[275] Sphäre der *reges* verlassen – mit dem Gebotsrecht auf den unteren Herrschaftsebenen aus?[276] Gebot und Herrschaft sind in der von Otto Brunner und Walter Schlesinger ausformulierten Lehre von der Grundherrschaft auf das engste miteinander verschränkt[277]; der Herrschaftsbegriff orientiert sich dabei an Begriffsbildungen Max Webers[278] und bewegt sich um das im Verhältnis von Befehl und Gehorsam liegende Dezisionsrecht des Herrn: dessen »Herrengewalt erscheint als Herrschaft, Schutz, Vogtei, Pflege, Munt. Die schirmend bewehrte Hand ist ihr Kennzeichen. Wer Munt übt, muß selbst mündig sein, nicht bloß den Jahren nach, er muß seine Hausleute schützen können. Weil er sie schützt, ist er ihr Herr, sie sind seiner Gebotsgewalt, seinem Befehl unterworfen, sie stehen in seiner *Huld*, seiner *Gnade*. Wer sich dem Befehl nicht fügt, verliert die Huld, die Gnade, er wird schutzlos aus dem Haus gestoßen«[279]. Diese archaisch wie archetypisch anmutenden Vorstellungen vom Schutz und Gehorsam wurden zwischenzeitlich doch deutlich relativiert und lassen im Zusammenspiel von Herrschaft und Gebot zweierlei Komplexe als problematisch erscheinen: einmal stellt sich die Frage nach der Einheitlichkeit des Herrschaftsbegriffs, ganz analog zu der nach der Einheitlichkeit des Rechtsbegriffs im Frühmittelalter, die allem Anschein nach zu verneinen ist. Lassen sich wirklich Hausherrschaft (über Freie und Unfreie), Grundherrschaft, Adelsherrschaft und Königsherrschaft durch einen gemeinsamen Typus von Über- und Unterordnung beschreiben[280], durch *ein*

---

der Ausübung der *correctio* durch den König. Zum Hintergrund der Belagerung Heinrichs IV. in der Harzburg siehe z.B. H. Keller – Zwischen regionaler Begrenzung und universalem Horizont, S. 173 f.

275 Kritik an der Überbetonung der Sakralität mittelalterlicher Herrschaft übt L. Körntgen – Königsherrschaft und Gottes Gnade.

276 Die ›unteren Herrschaftsebenen‹ haben dabei, was nicht oft genug betont werden kann, nicht (nur) den Charakter abgeleiteter Gewalt, sondern durchaus politische Eigenständigkeit: »Mit den Trägern solcher Herrschaft muß sich der König, zunächst gestützt auf eine eigene Machtbasis von ähnlicher Struktur, auseinandersetzen, um seinen Vorrang […] zu behaupten. Er kann die anderen Herrschaftsträger nicht beiseite schieben, sondern nur integrieren.« H. Keller – Die Investitur, S. 76.

277 Kritik an diesem Herrschaftsbegriff übt J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 154 ff. (Kapitel *Dinggenossenschaft gegen Herrschaft.*) Zur Ersetzung des Staatsbegriffs durch den Herrschaftsbegriff bei Otto Brunner siehe G. Dilcher – Zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte der mittelalterlichen Rechtskultur, S. 606 f.

278 M. Weber – Wirtschaft und Gesellschaft, S. 541 ff. Zur heutigen Verwendung des Begriffs ›Grundherrschaft‹ K. Schreiner – Grundherrschaft.

279 O. Brunner – Land und Herrschaft, S. 289. Kritik an Brunners Ansatz bei G. Algazi – Herrengewalt und Gewalt der Herren im späten Mittelalter.

280 Strikt dagegen H. Vollrath – Herrschaft und Genossenschaft im Kontext frühmittelalterlicher Rechts-

begriffliches Verhältnis von ›Herr und Knecht‹? Ist der ›Befehl‹, so bestechend einheitlich er vor uns steht, wirklich geeignet, das Verhältnis zu charakterisieren? Ist überdies wirklich *alle* Herrschaft aus dem ›Haus‹ abzuleiten? Wie steht es um den Komplementärbegriff der Genossenschaft, die doch bei Otto von Gierke noch in einem dialektischen Verhältnis zur Herrschaft stand, wovon spätestens bei Walter Schlesinger nichts mehr zu spüren ist[281], und die gerade in der dinggenossenschaftlichen Gerichtsstruktur ein deutlich begrenzendes Korrektiv zu einseitiger Machtausübung des Herrn zum Ausdruck bringt, zugleich aber eine Balance vor Augen führt, aus der allein heraus in vorstaatlichen Lebensverhältnissen soziale Stabilität denkbar scheint?

Der zweite Komplex, zu dem ganz Kontroversielles zu vernehmen ist, ist der der Grundherrschaft im engeren Sinn. Nicht nur, daß schon die französische, deutsche und italienische Forschung zu ganz inkompatibler Begriffsbildung kommen, bei der über weite Strecken undeutlich bleibt, ob sie in den regionalen Unterschieden der jeweils vordringlich behandelten Untersuchungsgebiete begründet sind, oder doch in unterschiedlicher Quellenlage oder gar divergentem kategorialem Vorverständnis. Die französische Lehre[282] (z.T. auch die spanische[283]) huldigt dabei

---

beziehungen. Kritisch zu Vollrath H.-W. Goetz – Herrschaft und Recht in der frühmittelalterlichen Grundherrschaft. Ablehnend auch Karl Kroeschell: »Nach Ausweis der lateinischen und althochdeutschen Rechtswörter hat es im Frühmittelalter einen einheitlichen Begriff der ›Herrschaft‹, eine allgemeine Vorstellung vom ›Herrn‹ nicht gegeben. […] Die Rechtssprache läßt also drei unterschiedliche Bereiche erkennen: den ländlichen germanischen Herrn von Grundbesitz, Sklaven und Vieh; den *senior* des frühen Lehnswesens mit seinen Vasallen; und schließlich den König, der sich am Bilde des alttestamentlichen Königtums wie der Königsherrschaft Christi legitimiert. Bei diesen drei Typen von Herrschaft muß man mit unterschiedlichen Rechtsstrukturen rechnen.« K. Kroeschell – Haus und Herrschaft im frühen deutschen Recht, S. 27. Vgl. auch die Kritik von František Graus: »Dabei diente die Herrschaftskonzeption [Otto Brunners] oft dazu, alle Gewalt aus der Vergangenheit einfach zu eliminieren. Während das Mittelalter zwischen rechter und unrechter Gewalt und Herrschaft unterschied, übertüncht der neue Herrschaftsbegriff alle Unterschiede, dient dazu, alle Gewalt und Willkür zu legitimieren […]; zu beachten ist übrigens, daß das Mittelalter selbst einen Herrschaftsbegriff dieser Art überhaupt nicht kannte.« F. Graus – Verfassungsgeschichte des Mittelalters, S. 586.

281 W. Schlesinger – Die Entstehung der Landesherrschaft; G. Dilcher – Ländliche Herrschaftsstrukturen in Italien und Deutschland (10.–13. Jahrhundert), S. 102.

282 Diese Lehre fußt auf den Arbeiten von Marc Bloch (*Die Feudalgesellschaft*) und Georges Duby und konstatiert einen mehr oder minder scharfen Bruch (bezeichnet als Revolution oder Wandel) um das Jahr 1000, in dem eine seit längerem schwächer gewordene öffentliche Herrschaft (des Königs) durch lokale und ihrem Wesen nach private Feudalherrschaft mit äußerst repressivem Gehabe abgelöst worden sei; besonders umstritten ist G. Bois – Umbruch im Jahr 1000.

283 Den Ansatz übernimmt im Grundsatz z.B. J.M. Mínguez – Las sociedades feudales. Siehe auch schon C. Sánchez-Albornoz – España. Un enigma histórico, S. 775 ff.

einem Mythos von der brachialen Unterdrückung der Bauern durch die Feudalherren und ihre *milites*, die in ihren Burgen hocken und nichts als die Auspressung der arbeitenden Klasse im Sinn haben[284]. Die norditalienischen Verhältnisse wiederum haben in der Forschung zu einer begrifflichen Differenzierung geführt (*signoria fondiaria* als privatrechtliche im Eigentum an Land fundierte ›Grundherrschaft‹ steht im Gegensatz zur *signoria banale*, die auf der Verleihung bzw. Usurpation öffentlicher Rechte beruht; davon wiederum zu unterscheiden ist eine *signoria territoriale*, die sich als vereinheitlichter Typus vom 10. zum 12. Jahrhundert herausgebildet habe[285]), die vor allem einmal mehr die Unbrauchbarkeit der Kategoriendualität ›öffentlichrechtlich – privatrechtlich‹ beim Verständnis mittelalterlicher Sozialstrukturen vor Augen führt. Die in Deutschland gängige Auffassung[286] meint diesen von der Unterscheidung öffentlich-privat ausgehenden Ansatz als spezifische Sichtweise des 19. Jahrhunderts überwunden zu haben[287] und führt einen ziemlich einheitlich konzipierten Begriff der ›Grundherrschaft‹ vor, bei dem jedoch die Herren- und Gebotsgewalt dominiert, das genossenschaftliche Moment teilweise übersehen wird. Letzteres moniert zumindest Hanna Vollrath, die zu bedenken gibt, daß die soziale Realität des 10. oder 11. Jahrhunderts für die in den Urbaren nachweisbare teils weitläufig verstreute Besitzlage einer typischen Grundherrschaft eine effektive Zwangs- und Gebotsgewalt mindestens an der Peripherie gar nicht zugelassen hat. Da das kleinräumige soziale Umfeld ›Dorf‹[288] oftmals nicht einer einzigen Grundherrschaft zuzuordnen war, sondern ein buntes Nebeneinander von

---

284 Heftige Kritik an dieser Auffassung in D. Barthélemy – Der Herrschaftsmythos der französischen Historiker. Die Aufsätze von Th.N. Bisson – The Feudal Revolution und ders. – Medieval Lordship haben eine lebhafte Debatte um den Herrschaftsbegriff ausgelöst; siehe dazu als Überblick T. Reuter – König, Adelige, Andere.

285 Dazu G. Dilcher – Ländliche Herrschaftsstrukturen in Italien und Deutschland, S. 99 f.; zum Begriff der *signoria territoriale* eingehend C. Violante – Ländliche Herrschaftsstrukturen im historischen Kontext des 10.–12. Jahrhunderts.

286 Forschungsüberblick in J. Fried – Die Formierung Europas 840–1046, S. 142 ff.

287 »[…] schon Otto von Gierke ersetzte die Dichotomie öffentlichrechtlich – privatrechtlich für das deutsche Mittelalter durch das dialektisch – und keinesfalls dichotomisch – zu verstehende Verhältnis von Herrschaft und Genossenschaft, das von Haus und Familie bis zum Reich das Spannungsverhältnis von Machtausübung und Partizipation ausdrücken soll.« G. Dilcher, a.a.O. S. 101 f.

288 Die Sozialstruktur ›Dorf‹ wird hier ganz anders verstanden als etwa noch bei Karl Bosl: »Der Hausherr garantiert die häusliche Lebensordnung; er übt Gewalt über die rechtlich nicht handlungsfähigen Hausgenossen (Frau, Kinder, Unfreie, freies Gesinde) […] Aus der Hausherrschaft entstand ganz früh die Grundherrschaft. […] Die leibeigenen, bodenbebauenden servi wohnen rings um den Herrensitz; wir würden das als Dorf bezeichnen.« in: K. Bosl – Frühformen der Gesellschaft im mittelalterlichen Europa, S. 204 f., zit. nach Kroeschell – Haus und Herrschaft im frühen deutschen Recht, S. 12.

Abgabenpflichten den verschiedensten Herren gegenüber aufweist, tritt sie dafür ein, eher von lokalen, gegebenenfalls gerichtsförmig organisierten Konfliktlösungsmechanismen auszugehen als von einer Gerichtsherrschaft weit entfernter Grundherren[289]. Trifft diese These zu, wäre sie eine weitere Stütze für die Annahme einer effektiven Begrenzung der Gebotsgewalt durch das *recht* bzw. die Rechtsgewohnheiten. Der Dialektik von Herrschaft und Genossenschaft entspräche dann eine von Gebot und *recht*, so daß dem Befehl des Grundherrn Grenzen gesetzt wären, die ihrerseits seiner Verfügungsgewalt entzogen waren: »Bestimmend für ihrer aller Leben waren die lokalen Gegebenheiten und Rechte, die in ihren konkret existierenden Lebenskreis durch Erinnern und Weitersagen lebendig erhalten wurden. Es galten die ererbten Rechtsgewohnheiten, an die man sich hielt«[290]. Für die Existenz eines selbständigen, wiewohl begrenzten Gebotsrechts hängt nun alles davon ab, ob im Rahmen der erinnerten Rechtsgewohnheiten Raum für freies Ermessen des Herrn vorhanden war oder nicht. Die in den Urbaren festgeschriebenen Leistungspflichten indizieren keine einseitigen willkürlichen Festsetzungen durch den Grundherrn. Im Gegenteil ist im Konfliktfall davon auszugehen, daß die dinggenossenschaftlich im Gericht gewiesenen Rechte Vorrang vor dem schriftlich fixierten Urbar hatten[291]. Dennoch finden sich Elemente für eine gewisse Flexibilität und den Einsatz von Arbeitskräften je nach Notwendigkeit[292]. Im *Hofrecht der Limburger Klosterleute*, bei dem es sich um die schriftliche Aufzeichnung[293] von Gewohnheiten der *fami-*

289 »Sollte nicht in der deutschen, so einseitig grundherrschaftlich ausgerichteten Forschung die Frage nach der Möglichkeit grundherrschaftsunabhängiger Gerichte neu aufgegriffen werden, bei der die obsolete Dichotomie öffentlich-staatlicher und privat-grundherrlicher Gerichtsbarkeit durch eine stärker sozialgeschichtliche Perspektive überwunden wird?« H. Vollrath – Die Rolle der Grundherrschaft bei der genossenschaftlichen Rechtsbildung, S. 213.

290 A.a.O. S. 199.

291 So die Auffassung von H. Vollrath – Herrschaft und Genossenschaft im Kontext frühmittelalterlicher Rechtsbeziehungen, S. 42: »Da aber in den grundherrlichen Gerichten die Angehörigen der *familia* als Urteiler fungierten, muß man annehmen, daß im Zweifelsfall die mündliche Rechtsweisung den Ausschlag gab. […] Der Grundherr konnte also wohl das Urbar als Druckmittel benutzen, um von den Bauern die vollständige und gewissenhafte Weisung der ihm zustehenden Abgaben und Dienste zu erreichen; er konnte aber die Weisung durch das Urbar nicht ersetzen.«

292 Für eine weitgehende Festlegung auch der Fronarbeit bis ins Detail durch Gewohnheit spricht sich H. Vollrath, a.a.O. S. 43, aus.

293 Da es sich offensichtlich um eine Aufzeichnung zuvor schon im Verhältnis zum König als Grundherrn bestanden habender Rechte zum Zweck der Sicherung auch für die Zukunft unter den neuen äbtlichen Herren handelt, ist die Formulierung von H. Wolfram – Konrad II., S. 181, der Kaiser habe »reiche Besitztümer an Limburg geschenkt und dabei auch das Dienstrecht der neuen Klosterleute festgelegt«, insofern mißverständlich, als der Ausdruck »festgelegt« eine gesetzgebungsartige Kompetenz des Kaisers

*lia* von Limburg in einer Königsurkunde anläßlich der Ausstattung des Klosters mit königlichen Gütern im Jahr 1035 handelt[294], treten beide Momente deutlich hervor, einmal das der rechtsgewohnheitlichen Bindung des Abtes als Grundherrn an das Recht (ausdrücklich *ius* genannt) der Klosterleute, dann aber auch eine gewisse Freiheit in der Art, wie diese Kräfte einzusetzen, z.B. wenn es heißt: »Der Abt hat auch Befugnis über deren noch unverheiratete Kinder, so daß er, wen er will, in die Küche, wen er will, in die Backstube setzen kann. Wäsche waschen läßt er, wen er will, Pferdeherden bewachen, wen er will, und wen immer er will, kann er zu irgendwelchen Diensten einsetzen«[295]. Inwieweit der Kreis dieser Tätigkeiten durch Analogiebildung erweiterbar war bzw. inwieweit die am Schluß genannte Generalklausel selbst wieder durch Gewohnheit beschränkt war, entzieht sich unserer Kenntnis; jedenfalls ist die Einschränkung vorhanden, daß zu den genannten Diensten nur die Unverheirateten herangezogen werden dürfen, nicht die Verheirateten; diesen sind andere, vornehmere Aufgaben vorbehalten (Kellermeister, Zöllner, Förster etc.). Daß es – aus Anlaß des eingetretenen Besitzwechsels – um die künftige Bewahrung eben dieser im Verhältnis zum König ›gewohnten‹ Dienste und Abgaben einschließlich des disponiblen Rahmens, allesamt minutiös mit allen Unterschieden für die einzelnen betroffenen Dörfer festgehalten, geht, spricht der Text selbst aus: »Damit aber keiner der künftigen Äbte mehr als er darf von der Hausgenossenschaft dieses Klosters erpreßt noch die Hausgenossenschaft selbst in der langen Dauer der Zeit ihre Rechtsobliegenheiten vergißt […] erscheint es Uns richtig, das aufzuzeichnen, was der Abt – wenn nötig – fordern kann und was die Hausgenossenschaft leisten muß«[296].

Am Beispiel wird deutlich, wie auf untergeordneter Ebene Gebot und *recht* zusammenwirken[297] und soziale Strukturen, wie wirtschaftliche Produktivität stabili-

---

suggeriert, die dem Gewohnheitscharakter des *ius* der Limburger *familia* nicht gerecht wird. Versteht man den Inhalt der Urkunde als Gebotsrecht, so ist er gerade nicht generell-rechtsschöpferisch, sondern verlangt nur von Äbten und Klosterleuten gleichermaßen die Einhaltung einer bestehenden (d.h. gewohnheitsmäßigen) Rechtslage.

294 Text und deutsche Übersetzung in Quellen zur deutschen Verfassungs-, Wirtschafts- und Sozialgeschichte bis 1250, ed. L. Wenrich, Nr. 25.

295 A.a.O. S. 109 bzw. 108: »*Habet enim potestatem abbas super filios illorum nondum uxoratus, ut, quem voluerit in coquinam, quem voluerit in pistrino ponat, quem voluerit mutatoria abluat, quem voluerit equiriciam custodiat, et ad quelibet ministeria quoscumque voluerit deputet.*«

296 A.a.O. S. 107 bzw. 106: »*Sed et ne quis superventurorum abbatum plus, quam debeat, ab ecclesie familia extorqueat neve familia vetustate temporum sui iuria oblita* […] *debita exsolvere negligat, visum est nobis signare, quid abbas, si opus fuerit, exquirat, quidve familia exsolvere debeat.*«

297 Das Gebot hat »[…] im Mittelalter gegenüber dem gerichtlichen recht grundsätzlich eine dienende, ergänzende und gewährleistende Funktion.« J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 94 f.

sieren. Terminologisch ist dabei zu beachten, daß ausgerechnet Begriffe wie *rihten* oder *iudicare* die Bedeutung von Gebotsrecht i.S.v. *regere*, *disciplinam facere* oder *familiam corrigere* haben, also Befehls- und Disziplinargewalt im Haus bezeichnen können. Diese Hausgewalt darf allem Anschein nach nicht vorschnell verallgemeinert werden, es muß bewußt bleiben, daß im Rechtstyp ›Gebot‹ auf unterschiedlichen Ebenen ganz unterschiedliches ›Recht‹ angesprochen wird; jedenfalls wäre es verfehlt, durch Verwendung dieses Begriffs einen genetischen Zusammenhang von Hausgewalt, Grundherrschaft und Königsherrschaft zu insinuieren[298].

*c) Willkür*. Mit der ›Willkür‹ oder dem ›gewillkürten‹ Recht ist *die* zukunftsweisende Schicht im Recht angesprochen, flexibel an gesellschaftlichen Wandel sich anpassend und zugleich diesen vorantreibend[299]. Warum dieser Typus erst im 11. und 12. Jahrhundert derart wirkmächtig wird und nicht schon in der Zeit der Gilden und Verbrüderungen[300] im 8. oder 9. Jahrhundert, bleibt letztlich ein ungelöstes Rätsel. Das tiefe Mißtrauen, mit dem die karolingischen Herrscher den Gilden in den von ihnen erlassenen Verboten begegneten, galt wohl der Kraft des Eides[301] – Verschwörungen auch zum mildtätigen Zweck waren eben doch primär Verschwörungen, Herrschaft und Genossenschaft standen in Konkurrenz, erst viel später in der bürgerlichen Stadtherrschaft verbinden sie sich zur rechtserzeugenden Instanz, in den Landfrieden arrangieren sich beide

298 Kroeschell – Haus und Herrschaft im frühen deutschen Recht, S. 27 bzw. 44.

299 Zu dem damit einhergehenden ›neuen Rechtsbegriff‹ und dessen historisch-genetischen Stellung E.-W. Böckenförde – Der Rechtsbegriff in seiner geschichtlichen Entwicklung, S. 154 f.

300 O.G. Oexle – Coniuratio und Gilde im frühen Mittelalter; ders. – Die Kultur der Rebellion; ders. – Gilde und Kommune.

301 Siehe dazu O.G. Oexle – Coniuratio und Gilde im frühen Mittelalter, S. 157: »[…] in diesen Texten [des 8. und 9. Jahrhunderts] wird der Eid verboten, weil er konstitutiv ist […]« Zu beachten ist der tendenziell politische Charakter, der jeder Form eidlicher Verbrüderung inhäriert: »Denn zu den Grundnormen jeder Art von Verbrüderung oder Pietätsgemeinschaft gehörte, daß der Bruder den Bruder, der Sippengenosse den Sippengenossen, der Gildegenosse den Gildegenossen, der Patron den Klienten und umgekehrt nicht vor den Richter fordern und nicht gegen ihn zeugen konnte, so wenig wie zwischen ihnen Blutrache möglich war.« M. Weber – Wirtschaft und Gesellschaft, S. 403. Ein sich abzeichnendes Monopol für Friedenssicherung der Karolinger ist damit grundsätzlich in Frage gestellt: »Gerade aus der Verflechtung, ja Identität von Schwureinung und ›Verbrüderung‹ ergeben sich soziale, verfassungsgeschichtliche und politische Wirkungen von großer Tragweite und Dauer, gerade auch in der Herstellung und Sicherung des Friedens. Einungen und vor allem Schwureinungen sind aus sich selbst statuierte Rechts- und Friedensbereiche, also rechtliche Sondergemeinden mit selbstgesetztem Willkürrecht und eigener Gerichtsbarkeit […]« O.G. Oexle – Friede durch Verschwörung, S. 128. Es liegt also Konsequenz im karolingerzeitlichen »Bestreben der politischen Macht, den Eid anzuwenden, zu kontrollieren und das Monopol über ihn zu erhalten.« P. Prodi – Das Sakrament der Herrschaft, S. 79.

Elemente, indem der König in eigener Person an die Spitze der Verschwörungen zum Frieden tritt[302].

Wilhelm Ebel unterscheidet zwei Formen der Willkür, die individuelle Verwillkürung[303] und die statutarische Willkür[304], die in Satzungen Gestalt annimmt. Die individuelle Form hat den Hauptanwendungsfall in der Festlegung von Vertragsstrafen, jedoch betont Ebel den eigenständigen weit über das Vertragsrecht hinausgehenden Charakter des Typus Willkürrechts und kritisiert die »Verengung auf die Fälle der Konventionalstrafe«[305], die aus der Willkür rechtsdogmatisch ein Nebenphänomen des Schuldrechts macht. Hinter der statutarischen Willkür steht das vielgestaltige Phänomen der ›Schwureinung‹ *(coniuratio),* die »durch Konsens, Vereinbarung und Gleichordnung gekennzeichnete, in wechselseitig geleisteten Versprechenseiden gegründete und die Verwirklichung selbst gesetzter Ziele verfolgende Vergesellschaftung sozialer Gruppen«[306]. Die statutarische Willkür wird nun zum Hebel für die partielle Überwindung des *rechts*[307], in ihr kommen Gestaltungsmöglichkeiten zur Wirksamkeit, die wesentlich schneller auf Änderungen zu reagieren erlauben als das seiner Natur

---

302 Eine Wende dorthin bildet das späte 11. Jahrhundert: »Im Jahre 1085 etwa verkündete der Mainzer Erzbischof einen Gottesfrieden in Gegenwart König Heinrichs IV. […] Und doch war er [d.h. der König] Zeuge, nicht Initiator des Friedens. […] Die Zuständigkeit für Friedensgebote war auch – wenn sicher auch nicht ausschließlich – eine Frage der liturgischen Kompetenz.« (H. Vollrath – Die deutschen königlichen Landfrieden und die Rechtsprechung, S. 598.) Eine Generation vorher, unter Kaiser Heinrich III. steht hinter den friedenssichernden Maßnahmen noch nicht das Instrument der eidlichen Verschwörung, sondern unmittelbar der verpflichtende Charakter des königlichen Gebots selbst (E. Boshof – Königtum und Königsherrschaft im 10. und 11. Jahrhundert, S. 99; ders. – Die Salier, S. 113 ff.). »Gerade im Unterschied zur Gottesfriedensbewegung sollte der Friede unter Heinrich III. keineswegs im Zusammenschluß der Großen des Reiches errichtet werden, sondern allein durch die herrscherliche Anordnung aus einsamer Höhe herab.« (S. Weinfurter – Herrschaft und Reich der Salier, S. 87.)

303 »Die Verwillkürung ist ihrem Rechtsinhalt nach das dem älteren (und ältesten) Recht eigentümliche Gebilde, vermittels dessen der Willkürer – oder die mehreren gegenseitig – selbst die Rechtsfolge (Sanktion) für den Fall setzt, daß eine von ihm aufgestellte Behauptung sich als unrichtig herausstellt.« W. Ebel – Die Willkür, S. 21. Zur Willkür schon M. Weber – Wirtschaft und Gesellschaft, S. 416 f.

304 W. Ebel, a.a.O. S. 46 ff.; ders. – Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, S. 24.

305 W. Ebel – Die Willkür, S. 16.

306 J. Weitzel – Versuch über Normstrukturen und Rechtsbewußtsein im mittelalterlichen Okzident (450–1100), S. 383.

307 Die Schwureinungen bringen »in der Regel eigene Rechtsnormen […] hervor, bilden für die Gemeinschaft handelnde Organe und einen eigenen Typus von Gerichtsbarkeit aus.« J. Weitzel, a.a.O.; vgl. ders. – Dinggenossenschaft und Recht, S. 1192; ders. – Recht und Spruch der Laienurteiler, S. 66. »›Willkür‹ bezeichnet also das gruppenbezogene, statutarische Sonderrecht – im Gegensatz zum allgemeinen Recht, der *lex.*« O.G. Oexle – Konflikt und Konsens, S. 69.

nach träge Herkommen. Die statutarische Willkür erfüllt hier wie das Gebot eine Komplementärfunktion zum *recht*. So wie die hinter dem Gebot stehende Zwangsgewalt auf eine neu geschaffene Rechtslage Bezug nimmt, wird auch im gewillkürten Recht die Sanktion als individuelle Rechtsfolge außerhalb des *rechts* gesetzt und bleibt als solche dem ordentlichen Gericht entzogen: »Der Urfehder behauptete, die Urfehde werde bei Bestand bleiben, der Schuldner, daß der Gläubiger sein Geld rechtzeitig erhalten werde, und der Verpfänder, daß das Pfand eingelöst werde. Für den Fall, daß die Behauptung sich als unrichtig erweist, wird eine Rechtsfolge gesetzt, die vom ›Recht‹ nicht erfordert wird«[308]. Was Gerhard Dilcher am konkreten Beispiel der oberitalienischen Stadtkommune des 12. Jahrhunderts hervorhebt, daß es sich dabei »also um einen autonom begründeten Gerichtszwang«[309] handelt, der durch den (Bürger-)Eid konstituiert wird, läßt sich allgemein als Merkmal festhalten. Den Sanktionen, d.h. der »Verwillkürung von Hab und Gut, Freiheit und Leben«[310], war grundsätzlich keinerlei Schranke gesetzt. Es liegt also nahe, mit Viktor Achter die Verbreitung von Körperstrafen im 12. Jahrhundert mit auf den Mechanismus der Willkür zurückzuführen[311]. Der Ansatz für künftige Normbildung liegt in der Figur der Verwillkürung als »bedingtes Selbsturteil«[312]; die Wiederkehr immer gleicher Verknüpfungsmuster von Behauptung (Norm) und Sanktion verwandelte sich im Laufe der Zeit selbst in ›objektives Recht‹. Die Willkür ist damit *eine* der Wurzeln des modernen Rechts[313] einschließlich des Strafrechts vor allem im Hinblick auf die neu sich eröffnende ›Gestaltungsfunktion‹ des Rechts, die Jürgen Weitzel sich nicht scheut als Revolution anzusprechen: »Was zunächst die Normbildung angeht, so war die Konzeption des Willkürrechts […] ein revolutionärer Akt. Das Revolutionäre besteht von der Rechtskonzeption her gesehen darin, daß hier erstmals in einer unmittelbar sozialrelevanten Form und einer nicht unbedeutenden Größenordnung der Anspruch formuliert wird, die Sozialordnung durch bewußt gemachte, also gesetzte Regeln zu gestalten.«[314]

---

308 W. Ebel – Die Willkür, S. 22; weiter a.a.O. auf S. 29: »Ob gerichtlich ausgesprochen oder nur eingezeugt, die Verwillkürung schließt das ›Recht‹ aus und führt zur selbstgesetzten Rechtsfolge.«

309 G. Dilcher – Recht ohne Staat, Rechtsdurchsetzung ohne Staat?, S. 146.

310 W. Ebel, a.a.O.

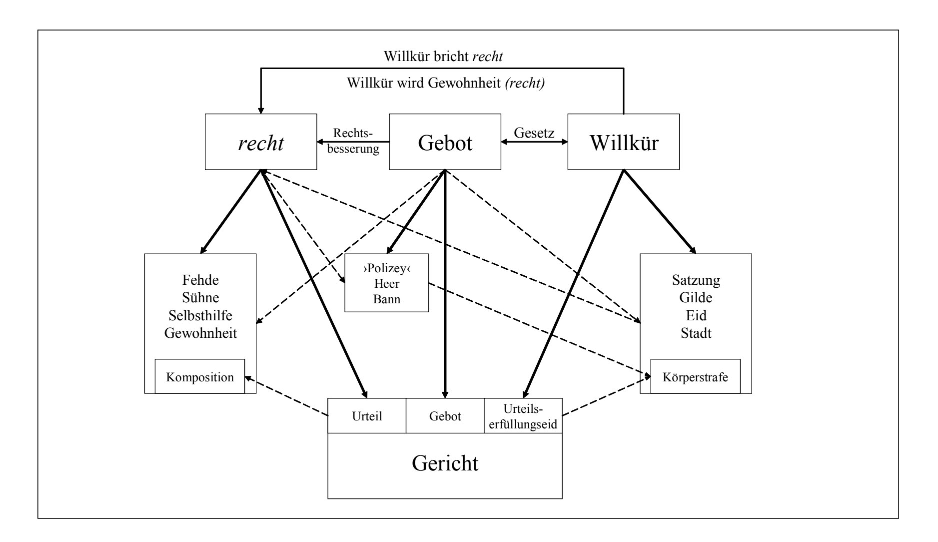
311 V. Achter – Die Geburt der Strafe.

312 W. Ebel, a.a.O. S. 37.

313 »›Modern‹ erscheint zum Beispiel, daß hier durch Vertragshandeln auf der Grundlage eines gegenseitig geleisteten Versprechenseides im Konsens aller Beteiligten eine Rechtsordnung vereinbart und positiv gesetzt wird.« O.G. Oexle – Konflikt und Konsens, S. 70.

314 J. Weitzel – Die Konstituierung der Gemeinde aus der Rechtstheorie, S. 172. Zehn Jahre zuvor hat

Die Überlegungen zum Rechtszwang und möglichen Kopplungen an Normgeltung haben eine Schichtstruktur zu Tage treten lassen, die man als theoretische Systematisierungsleistung und damit als wesentlich an den modernen Standort des Betrachters rückgebunden verstehen muß[315]: die Trias *recht* – Gebot – Willkür erlaubt dabei vorerst nur eine Grobschematisierung der Rechtswelt des frühen Mittelalters, nicht mehr[316]. Phänomene wie Fehde, Selbsthilfe, Gericht, Befehl, Bann, Eid, Verschwörung, Stadt etc. werden dadurch einer Ordnung unterworfen[317], die auf der Verschränkung der drei Idealkategorien aufbaut, wie das Diagramm zeigt.




Weitzel noch zu bedenken gegeben: »Die Rolle der Willkür (Einung) im früheren Mittelalter und damit die Möglichkeit der Einschränkung oder Erweiterung […] von recht und Gericht durch eine Normativität von anderer Struktur, ist noch weitgehend ungeklärt.« Ders. – Dinggenossenschaft und Recht, S. 1328.

315 Vgl. H.-W. Goetz – Die Vorstellungen von Recht und Gerechtigkeit in der Merowingischen Geschichtsschreibung, S. 93.

316 Jürgen Weitzel spricht von einer »zur Sondierung des mittelalterlichen Rechtsbegriffs eingesetzten Begriffstrias […] nicht frei von gewissen Unschärfen […] doch ist sie grundsätzlich tauglich und der Fortbildung wert.« J. Weitzel – Versuch über Normstrukturen und Rechtsbewußtsein im mittelalterlichen Okzident (450–1100), S. 380. Die fünf Formen lassen sich bei intensivierter Abstraktion auf die drei Grundformen zurückführen.

317 Gerhard Dilcher hat eine Phänomenologie von fünf Formen der rechtlichen Zwangsgewalt im Mittelalter aufgestellt: (1) Fehde, (2) Handhaftverfahren, (3) Ausschluß (Acht, Bann, Exkommunikation), (4) Gerichtszwang, (5) Eidgenossenschaft; G. Dilcher – Die Zwangsgewalt und der Rechtsbegriff vorstaatlicher Ordnungen im Mittelalter, S. 128 ff.; ders. – Recht ohne Staat, Rechtsdurchsetzung ohne Staat?, S. 144 ff.

Die intensivste Überlagerung der Teilkreise ereignet sich im Gericht, dem nach Jürgen Weitzels Auffassung Zentrum alles Rechtlichen im Frühmittelalter: »Das Gericht findet, schafft und konkretisiert das Recht, es *ist* das Recht, dort, wo es sich im Streitfall zu bewähren hat«[318]. Das Gericht ist aber nicht nur der systematische Ort des *rechts*, sondern bedient sich in seiner sozialen Wirkweise auch wesentlich des Gebots und der (individuellen) Verwillkürung.

Daß mit der Schichtung erst ein Grobraster geschaffen ist, wird nicht zuletzt an Arbeiten wie Gerhard Köblers *Das Recht im frühen Mittelalter* offenbar, in der es um Klassifizierung der Quellenterminologie geht, insbesondere um die der Begriffe *ius*, *lex*, *consuetudo* und *mos*. Die Termini der Quellen deuten zu wollen, bedeutet, sich auf eine Verschachtelung von Synonymien und Homonymien je nach Kontext einzulassen, die im Einzelfall Verwandtschaft zu mehr als einer modernen rechtlichen Kategorie aufweisen oder zu gar keiner. Eindeutige Übersetzungsgleichungen zu finden, ist nicht möglich, eher scheint eine mehr oder minder intensive Beziehung zu Assoziationsfeldern vorzuliegen[319]. So bedeutet – um das Gemeinte an einem Beispiel zu verdeutlichen – in der Klassifizierung, die Köbler für den Begriff *ius* zusammengestellt hat, dieses zunächst so viel wie Verfügungsgewalt, ist insoweit ersetzbar durch *potestas*, *dominium*, *utilitas*, *vis* u.a.[320]. Diese Art von *ius* kann sich auf Sachen (man hat ein Gut *cum omni iure et potestate* inne) oder Handlungen (z.B. beim *ius regendi* oder *ius ordinandi episcopos*) beziehen. In einer weiteren Bedeutung von *ius* ist dieser Zusammenhang gerade ausgeblendet, »die Vorstellung von *ius* gleich *potestas* fehlt völlig bei Wendungen vom Typ *contra ius*, *secundum ius*«[321]. Hier ist die Bedeutung in der Nähe zu so etwas wie ›objektive Rechtsordnung‹ zu suchen,

318 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 1349; ders. – Über Oberhöfe, Recht und Rechtszug, S. 26.

319 »Lateinische oder germanische Quellensprache und moderne rechtshistorische Begrifflichkeiten zur Erfassung vorgefundener Tatbestände überkreuzen sich hier häufig und erzeugen Verwirrung. Die lateinischen Bezeichnungen für Recht und Gewohnheit, *ius*, *lex*, *consuetudo*, *mos* nehmen im Frühmittelalter spezifische Bedeutungsfelder ein und suchen und erschaffen sich Entsprechungen in den germanischen Volkssprachen [...] Es handelt sich offenbar um teils an die lateinische Tradition gebundene, teils die neue Wirklichkeit ertastende Versuche. Sie können uns noch kein klares Bild mit Bezug auf eine Wirklichkeit vermitteln. Die auf der anderen Seite stehenden germanischen Wörter sind in ihrem Sinngehalt, der ja in einer oralen Kultur lebendig ist, noch schwerer zu fassen.« G. Dilcher – Leges, Gentes, Regna: Fragen und Probleme, S. 35.

320 »Bei der Masse der Fälle ist es jedoch einfach ausgeschlossen, jeder der Bezeichnungen einen eigenen, von den anderen strikt verschiedenen Sachinhalt zuzuordnen und damit etwa *ius* von *potestas*, *dominium*, *dominatio*, *proprietas*, *utilitas* oder *vis* zu unterscheiden. Vielmehr deuten gerade die keinerlei erkennbaren Regeln unterliegenden Variationen der Traditionsverwendung darauf hin, daß weitgehende Synonymität besteht [...]« G. Köbler – Das Recht im frühen Mittelalter, S. 50.

321 A.a.O. S. 56.

wenn auch Köbler betont, daß dieser Gehalt beim Übergang von der Spätantike ins Mittelalter seltener vorkommt[322]. Es wird ein allgemeiner rechtlicher Ordnungsbegriff ausgedrückt: »Deutlich steht hier *ius* nicht neben *potestas*, sondern in Zusammenhang mit *fas*, *lex*, *ordo*«[323]. Allein diese grundverschiedene Verwendung, an deren Seite noch weitere stehen und die als so verschieden damals nicht empfunden worden sein kann, sonst hätte man sich nicht ein und desselben Begriffs *ius* dafür bedient, deutet an, welcher Art die Schwierigkeiten für eine angemessene Begriffserfassung sind[324]. Analoge Bedeutungsvielfalt und Verschränkung zeigen *lex*, *mos* und *consuetudo*. So bedeutet *lex* erstens Schriftrecht *(lex scripta),* zweitens präskriptive Regel unabhängig von der Verschriftlichung[325] und drittens gilt die überraschende, bisweilen übersehene Gleichung: *lex* = Verfahren[326].

Wir haben es also mit Schichten von Schichten von Bedeutungen zu tun, die eigene Struktur aufweisen und sich nicht eindeutig auf Strukturen des modernen Rechts abbilden lassen – darin ist letztlich die Unausweichlichkeit begründet, nach einem grundsätzlich anderen Rechtsbegriff sich umsehen zu müssen: »Zwar kennt das frühe Mittelalter eine ganze Reihe von zu *ius*, *lex*, *mos* und *consuetudo* gesetzten Bestimmungsmerkmalen, unsere systematischen Einteilungen von Naturrecht und positivem Recht, Gewohnheitsrecht und Gesetz, objektivem und subjektivem Recht wie privatem und öffentlichem Recht samt deren Untergliederungen sind ihm grundsätzlich fremd«[327].

---

322 A.a.O. S. 229.

323 A.a.O. S. 57.

324 Allgemeine Anmerkungen zum Problem, den Rechtsbegriff an den »Begrifflichkeiten der lateinischen Quellen« auszurichten, bei G. Dilcher – Die Zwangsgewalt und der Rechtsbegriff vorstaatlicher Ordnungen im Mittelalter, S. 117.

325 Es wurde »im frühen Mittelalter nicht zwischen *lex scripta* und *lex non scripta* unterschieden. *Lex* konnte daher auch mündliches Recht bedeuten.« W. Sellert – Aufzeichnung des Rechts und Gesetz, S. 95. Vgl. auch C. Schott – Zur Geltung der Lex Alamannorum, S. 88: »Es kann inzwischen [d.h. 1986] als gesichert gelten, daß der Begriff ›lex‹ im Frühmittelalter allen mitgeschleppten Definitionstraditionen zum Trotz ganz undifferenziert als Recht in jeder möglichen Erscheinungsform, d.h. auch als Gewohnheitsrecht, zum wenigsten aber im Sinne eines geschriebenen Gesetzes verstanden werden muß.« Hermann Nehlsen ortet symptomatisch für das Frühmittelalter einen »willkürlichen Sprachgebrauch«, der zugleich erkennen läßt, »wie weit man davon entfernt ist, *mos* und *consuetudo* einerseits und *lex* andererseits sauber zu trennen« (ders. – Zur Aktualität und Effektivität germanischer Rechtsaufzeichnungen, S. 479).

326 Siehe dazu J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 1333 f., 1373 bzw. 1384; K. Kroeschell – Recht und Rechtsbegriff im 12. Jahrhundert, S. 317.

327 G. Köbler, a.a.O. S. 230. Zur beginnenden wissenschaftlichen Durchdringung der *consuetudo* im 12. Jahrhundert siehe R. Garré – Consuetudo, S. 61 ff.

Die Schichtstruktur wird noch einmal überlagert von der notwendigen – wenn auch erst ab dem 11. Jahrhundert relevanten – hier noch gar nicht berücksichtigten Unterscheidung zwischen gelehrtem und ungelehrtem Recht sowie der als eigenständiges Phänomen zu behandelnden geistlichen Gerichtsbarkeit. Der Bischof, der oben im Kapitel über das *Hofrecht* BURCHARDS VON WORMS als Haupt der bischöflichen *familia* durchaus weltliche Richterfunktion wahrnimmt, übt davon grundsätzlich unabhängig geistliche Gewalt[328], die nicht nur die *iurisdictio* über Kleriker umfaßt, sondern im Rahmen des flächendeckend organisierten Bußwesens in dessen Durchdringung aller Lebensbereiche unter dem speziellen Aspekt einer ›Gerichtsbarkeit über die Seele‹ auch alle Laien[329]. Wenn auch die in diesen Zusammenhang gehörenden Bußbücher mit »ihren katalogartigen Zusammenstellungen von einzelnen Vergehen und den entsprechenden Bußmaßen«[330] primär im Kontext der »pastoralen Praxis«[331] gesehen werden müssen, so genügt doch schon ein flüchtiger Blick etwa in das *Sendhandbuch* REGINOS VON PRÜM[332], um der normativ-juristischen Atmosphäre des Kompendiums und damit des ganzen Phänomens gewahr zu werden[333]: Womit wir es im Bußwesen zu tun haben, ist die Abbildung des gesamten Spektrums mittelalterlicher Lebensform einschließlich aller ihr eigenen Gewalttätigkeit in eine rechtlich gefaßte Systematik von Sünde – Buße – Korrektur[334].

Was konstituiert nun die Einheit all der angeführten Schichten von Recht, was erlaubt es, sie überhaupt einem Begriff von ›Recht‹ zu unterstellen? Es ist der rechtswissenschaftliche Blick aus der Distanz, der sich diese Freiheit nimmt, weil er einerseits aus seiner eigenen (d.h. unserer) Gegenwart mit einem einheitlichen Phänomen ›Recht‹ vertraut ist, andererseits aber bei allem Wandel von einer Kontinuität

---

328 Gerhard Dilcher konstatiert allerdings im Hofrecht Burchards Maßnahmen *ad correctionem* (Körperstrafen als Buße neben dem Wehrgeldausgleich), deren Legitimation allein in der geistlichen Gewalt als Bischof zu finden sein kann; ders. – Der Kanonist als Gesetzgeber, S. 124.

329 P. Prodi – Eine Geschichte der Gerechtigkeit, S. 41 ff.; W. Hartmann – Der Bischof als Richter; R. Kottje – ›Buße oder Strafe?‹.

330 L. Körntgen – Fortschreibung frühmittelalterlicher Bußpraxis, S. 204; vgl. ders. – Bußbuch und Bußpraxis in der zweiten Hälfte des 9. Jahrhunderts.

331 A.a.O.

332 Zweisprachig zugänglich in der (wenn auch unvollständigen) Edition von Wilfried Hartmann *(Reginonis Prumiensis libri duo de synodalibus causis et disciplinis ecclesiasticis).*

333 Zur juristischen Systematisierungsleistung Reginos und deren zeitbedingte Grenzen H. Siems – In ordine posuimus.

334 Für Überlegungen zur Fragwürdigkeit, im Verhältnis zwischen weltlicher und geistlicher Gerichtsbarkeit in der Karolingerzeit nach festen Kompetenzen und jurisdiktionellen Zuständikeitsabgrenzungen entlang streng juristischer Kategorien zu suchen, siehe L. Böhringer – Gewaltverzicht, Gesichtswahrung und Befriedung durch Öffentlichkeit, insbes. S. 272 ff.

der Rechtsentwicklung von der Antike über das Mittelalter bis in die Gegenwart ausgeht. Um fruchtbar zu sein, muß der rechtswissenschaftliche Begriff vom Recht offen bleiben für die Einsicht, daß das, was durch ihn zusammengefaßt wird, um die Phänomene der Vergangenheit deutbar zu machen, diese innere Einheit nicht unbedingt an ihm selbst aufweisen muß. Er muß die verschiedenen Wurzeln des rechtlichen gleichermaßen zu repräsentieren in der Lage sein. Der skizzierte Rechtsbegriff im Anschluß an Wilhelm Ebel ist dafür ein Ansatz. Die Bezugnahme auf die verschiedenen Formen des Rechtszwanges gibt für die Weiterentwicklung eines solchen Rechtsbegriffs den leitenden Gesichtspunkt[335], doch fordert gerade die Vielgestalt des Zwanges einen radikal differenzierten Rechtsbegriff, der mit dem positivistischen, von dem auszugehen war, nicht zusammenfallen kann.

### (5) Erzeugung und Anwendung der Rechtsnormen beruhen auf ›Ermächtigung‹

Die zweite definitorische Eigenschaft, die nach Peter Koller Recht auszeichnet, kreist um den Begriff der Ermächtigung und wird unterstrichen durch die besondere Bedeutung, die Ermächtigungsnormen im rechtspositivistisch verstandenen Gefüge des Rechts einnehmen: »Was eine Rechtsordnung sowohl von der konventionellen Moral einer Gesellschaft als auch von einfachen Akten unrechtmäßiger Gewalt unterscheidet, das ist das Moment der *Befugnis* oder *Ermächtigung*«[336]. Organisierter Zwang ist nach dieser Begriffsbildung gleichzusetzen mit geregeltem und autorisiertem Zwang; um Recht zu sein, »muss dieser Zwang von hierzu *befugten* oder *ermächtigten* Personen aufgrund bestimmter *Regeln* ausgeübt werden«[337]. Die angesprochene Ermächtigung erstreckt sich auf die Anwendung von Rechtsnormen wie auch auf deren Erzeugung. Die damit einhergehende Pyramidenstruktur von immer höheren Stufen der Ermächtigung zur Setzung von teilweise selbst wieder ermächtigenden Normen führt nach Koller zwangsläufig zum Problem einer abschließenden Spitze: »Jedes System sozialer Normen, deren Anwendung und Erzeugung auf Ermächtigung beruht, braucht irgendeine *oberste Instanz* […]«[338]. Die Lösung dieses Problems, »was denn diese oberste Gewalt zur Machtausübung berechtigt«[339],

335 G. Dilcher – Recht ohne Staat, Rechtsdurchsetzung ohne Staat?, S. 157.

336 P. Koller – Theorie des Rechts, S. 42.

337 A.a.O.

338 A.a.O. S. 43.

339 A.a.O.

führt über das zweite definitorische Merkmal hinaus auf ein drittes, nämlich die Notwendigkeit der »Überzeugung der Machtträger als auch zumindest eines Teiles der Normunterworfenen, dass die rechtlichen Anordnungen eine Rechtfertigung für sich haben«[340].

Wenn wir im folgenden dieses zweite Kriterium abermals mit dem historischen Befund des Frühmittelalters konfrontieren wollen, stellt sich damit vorab die Frage, ob der Zusammenhang auch in der umgekehrten Richtung gilt: ob also die Überzeugung der Legitimität von rechtlichem Zwang notwendig die Konstruktion der Rechtsordnung als Stufenbau von Ermächtigungen nach sich zieht. Daß es entgegen der landläufigen Meinung vom geltenden Faustrecht ein differenziertes Bewußtsein zur Unterscheidung von Recht und Unrecht und damit von rechtlicher (d.h. nach dem Code als rechtmäßig/unrechtmäßig bewerteter) und bloßer Gewalt im Mittelalter gegeben hat, ist gut dokumentiert, daß das Recht als Stufensystem von Normen zu begreifen sei, wird hingegen von den Rechtshistorikern überwiegend bestritten; daß drittens Ermächtigungen zur Setzung und Anwendung von Rechtsnormen eine besondere Rolle gespielt hätten, dafür müssen Beispiele gesucht werden. Ein Ansatzpunkt wird dabei insbesondere die Frage nach dem Vorhandensein autorisierter Gesetzgebung sein.

### *Ermächtigung im Mittelalter am Beispiel der ottonischen Verwaltung*

Spuren einer Ermächtigungsstruktur könnten in das Verhältnis von *recht* und Gebot interpretiert werden, insofern ersteres letzterem eine Schranke setzt[341]. Die Rechtsgewohnheiten ermächtigen nach einem derartigen Modell zur Erteilung von Befehlen durch autorisierte Personen. Jedes Modell, das Normsetzung nur dann als legitim ansieht, wenn eine entsprechende im Rechtssystem verankerte Ermächtigung dazu vorliegt[342], wird eine derartige Konstruktion bemühen. Aber es gibt hier kein gemeinsames System ›Recht‹, beide Formen stehen auf der normativen Ebene

340 A.a.O. S. 44.

341 Ausführliche Gedanken zur Bedeutung der gewohnheitsrechtlichen Beschränkung von Herrschaftsgewalt bei H. Vollrath – Herrschaft und Genossenschaft im Kontext frühmittelalterlicher Rechtsbeziehungen. Hanna Vollrath geht dabei so weit, einen selbständigen Ermessensspielraum für den Herren, für den alle Rechtsbeziehungen zu seinen Leuten abschließend gewohnheitsrechtlich determiniert gewesen seien, überhaupt zu leugnen. Kritisiert wurde diese Auffassung überzeugend von H.-W. Goetz – Herrschaft und Recht in der frühmittelalterlichen Grundherrschaft.

342 Siehe z.B. H. Kelsen – Allgemeine Theorie der Normen, S. 21: »Als Norm gilt nur der Sinn eines in bestimmter Weise qualifizierten Befehlsaktes, nämlich eines durch die Norm einer positiven Moral- oder Rechtsordnung *ermächtigten* Befehlsaktes.«

beziehungslos nebeneinander; die Schranke, die das *recht* der Gebotsgewalt ›setzt‹, ist aus der Perspektive des gebotenen Befehlsrechts eine rein faktische und keine rechtliche – wird der Rahmen des nach *recht* für legitim Erachteten überschritten, nimmt schlicht die Bereitschaft zum Gehorsam ab und ist weiterhin motivierbar nur mehr durch die hinter dem Befehl stehende Macht und blanke Gewalt. Erst der Eingriff ins *recht* löst regelmäßig diese Reaktion aus, solange das Gebot sich darauf beschränkt, im ›*rechts*-freien‹ Raum Ordnungsleistungen zu erbringen, solange es nicht in *recht*lich gehegtes Terrain einbricht, ist es selbständiges und unabhängiges ›Sollen‹ auf Basis der ihm eigenen Befehls-Gehorsams-Struktur. Der Reflex dieser *de facto* nicht mehr vorhandenen Folgebereitschaft wird erst in der Theorie rejuridifiziert und zum ›Widerstandsrecht‹ gemacht[343].

Das Gebotsrecht jedoch ist gespeist durch eine Quelle eigener Art, und zwar die Vorstellung der Rechtmäßigkeit königlicher Ordnungsgewalt und Gebotsrechts als solche: Gebotsrecht hat ›*rechts*-ergänzende‹ Funktion[344] und die Ausübung der damit verbundenen Befehlsgewalt als durch das überkommene *recht* delegierte oder ermächtigte zu deuten, würde die Erklärungskraft des Mechanismus wohl überstrapazieren[345]. Es gäbe zudem kein Subjekt für die Erteilung einer solchen Ermächtigung außer vielleicht eine diffuse ›Allgemeinheit der rechtlichen Überzeugungen‹, und es hätte auch niemals einen expliziten historisch greifbaren Akt einer solchen Ermächtigung gegeben[346]. Die Ermächtigung wäre eine völlig fiktive, hat keinen eigenständigen Erklärungswert und ist überdies als Gedanke in juristischen Kontexten der Zeit auch nicht auffindbar.

Nur in einem theologischen Blickpunkt macht der Ermächtigungsgedanke Sinn: Der König bzw. die Obrigkeit im allgemeinen sind durch Gott zur Setzung von Befehlen und Gewaltakten befugt und verpflichtet, um in der irdischen *civitas*[347] ein

343 F. Kern – Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im frühen Mittelalter. Vgl. dazu B. Schneidmüller – Zwischen Gott und den Getreuen, S. 209 FN 59.

344 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 94 f.

345 Trotzdem wird diese Denkfigur in der Literatur verwendet, z.B. in G.K. Schmelzeisen – Objektives und subjektives Recht, S. 108: »Schließlich ist der zahlreichen Mandate zu gedenken, die der König […] aus der ihm zukommenden *auctoritas* und christlichem Willen erlassen hat. Sie waren einseitiges von oben nach unten verfügtes Gebotsrecht, zu dessen Erlaß die Rechtsordnung den König ermächtigte.«

346 Dazu H.-W. Goetz – Herrschaft und Recht in der frühmittelalterlichen Grundherrschaft, S. 403 f.

347 Nach der von Augustinus und Orosius geprägten Geschichtstheologie wird später bei Otto von Freising neben den beiden seit Anbeginn der Zeiten bestehenden Bürgerschaften der *civitas Dei* und der *civitas terrena*, d.h. der Gemeinschaft der Gottes Gnade Teilhaftigen und der Gemeinschaft der aus *superbia* von Gott Abgefallenen, eine dritte postuliert, die *civitas permixta*, als deren Glieder auf Erden seit den Zeiten Konstantins die Mitglieder beider himmlischer Gemeinschaften – äußerlich ununterscheidbar – unter christlicher Herrschaft leben. In der *civitas permixta* wird durch Gottes Gnade auch die Bosheit

wohltuendes Regiment zu üben[348], ein »Regiment der *iustitia* und *aequitas*«[349]. In der entfalteten politisch-theologischen Herrscheridee Kaiser Heinrichs III. ist dies geradezu der paradigmatische königliche Dienst an Gott[350]. Der König ist damit nicht Staatslenker, d.h. »nicht aus seiner Position in einem Staatswesen begriffen, sondern aus seiner Stellung und Funktion in der Kirche Christi«[351]. Durch die Berufung auf Gott erledigt sich zugleich jegliches Spitzenproblem der Ermächtigung, denn Gottes Weltherrschaft selbst wieder als ermächtigte anzusehen (von wem überhaupt?) wäre abstrus. Die Kehrseite ist freilich die Voraussetzung eines substantiell wirksamen Glaubens des beherrschten Volkes an dieses göttliche Wohlwollen, was allerdings angesichts der weit vorangeschrittenen Christianisierung[352] für dieses Zeitalter ohne weiteres angenommen werden darf. Eine derartige herrschaftstheologische Absicherung der Gebotsgewalt ist aber im Mittelalter nicht von Anfang an vorhanden gewesen, sondern taucht erst bei den Karolingern auf, um später bei den Ottonen und Saliern stetig an Bedeutung zu gewinnen.

Einen Beleg für die Existenz eines umfassenden Systems von Ermächtigungen und Delegationen könnte weiters in dem Bild gesehen werden, das seitens der älteren verfassungsgeschichtlichen Lehre von der Grafschaftsverfassung in der Karolingerzeit und darüber hinaus gezeichnet worden ist. Danach übte der Graf Herrschaftsgewalt und Gerichtshoheit als unmittelbar vom König verliehenes und abgeleitetes Amt aus. Ebenso war die Königsbotengerichtsbarkeit unmittelbar auf königliche Ermächtigung gegründet. Indessen ist dieses Bild, das das *regnum* geschlossenen in gräfliche

---

der Bösen durch Herrschaft gemildert: diesem Zweck dienen alle Formen der Über- und Unterordnung wie auch alle Formen von Recht. Zum augustinischen Hintergrund siehe H.W. Goetz – Die Rezeption der augustinischen civitas-Lehre in der Geschichtstheologie des 12. Jahrhunderts, S. 109 ff.; R. Koselleck – Zur historisch-politischen Semantik asymmetrischer Gegenbegriffe, S. 234 ff.; E. Bernheim – Mittelalterliche Zeitanschauungen in ihrem Einfluß auf Politik und Geschichtsschreibung, S. 19 ff.; zum metaphysischen Hintergrund O.G. Oexle – Tria genera hominum, S. 500.

348 Siehe H.-W. Goetz – Regnum, S. 112; H.H. Anton – Fürstenspiegel und Herrscherethos in der Karolingerzeit.

349 R. Schieffer – Mediator cleri et plebis, S. 355: »Der gesalbte König als gottgewollter Gebieter über beide Stände in der Kirche mit der Verpflichtung zu besonderer Obsorge für die geistlichen Belange und zu einem Regiment der *iustitia* und *aequitas* […]«

350 S. Weinfurter – Ordnungskonfigurationen im Konflikt, S. 83: »Durch die göttliche Beauftragung war es die Aufgabe des Königs, all diejenigen, die in der irdischen Gemeinschaft eine Funktion auszuüben hatten, im Sinne eines heilbringenden Zusammenwirkens zu stärken und anzuleiten und damit den göttlichen Geboten zur Durchsetzung zu verhelfen.«

351 H. Keller – Die Investitur, S. 61.

352 Für einen Überblick über diesen Prozeß siehe L.E.v. Padberg – Die Christianisierung Europas im Mittelalter.

Amtsbezirke aufgeteilt sieht, längst relativiert worden[353]. Die Vielschichtigkeit von Herrschaft, Immunität, autochthoner Gerichtsbarkeit, erblich gewordener Grafenwürde, die allen Amtscharakter[354] zusehends verliert, daneben weiterbestehenden königlichen Verleihungen und Einsetzungen z.B. von Bischöfen und Äbten, kurz: die vielfältige Existenz von *nichtdelegierter* und trotzdem als legitim empfundener Herrengewalt[355], spiegelt in den Jahrhunderten bis zu erneuten königlichen Zentralisierungstendenzen unter Heinrich II. und Konrad II. und der Ausbildung transpersonaler Herrschaftskonzepte[356], eine Lage bar jeglichen Systems durchgän-

---

353 Schon bei Heinrich Mitteis in dessen *Staat des hohen Mittelalters* wird dazu angemerkt: »Aus den meisten Darstellungen der Verfassungsgeschichte gewinnt man den Eindruck, als habe die durchgreifende Organisation der Grafschaft, die aus der Karolingerzeit erhalten geblieben sei, dem Reiche die festeste Stütze geben müssen. Aber abgesehen davon, daß die Grafschaftseinteilung schon zur Karolingerzeit wohl nur eine Planung war – jedenfalls wird man in ihr Weiterbestehen erhebliche Zweifel zu setzen haben. Für ein geschlossenes System aneinandergrenzender Grafschaftsbezirke im ganzen Reich fehlt jeder Beweis.« A.a.O. S. 156. Zur Grafschaftsverfassung siehe H. Conrad – Deutsche Rechtsgeschichte Bd. I, S. 103 ff.und S. 141 f.; H. Boldt – Deutsche Verfassungsgeschichte Bd. 1, S. 66 ff.; R. Sprandel – Verfassung und Gesellschaft im Mittelalter, S. 82 ff. Zum Thema ›Staatlichkeit‹ im Karolingerreich schreibt Hagen Keller: »Der Reichsorganisation wurde die Vorstellung von delegierter und zu kontrollierender Amtsgewalt zugrundegelegt […]. Die karolingische Auffassung vom Regnum tendierte, gestützt durch die Wiederanknüpfung an spätrömische Modelle, in eine Richtung, die es leicht machte, sie ›staatlich‹ zu interpretieren. Meines Erachtens zeigt die innere Entwicklung des Karolingerreiches und erst recht der Fortgang in nachkarolingischer Zeit, daß wir mit einer solchen Interpretation nur einen Teilaspekt der damaligen Realität erfassen […]« H. Keller – Zum Charakter der ›Staatlichkeit‹ zwischen karolingischer Reichsreform und hochmittelalterlichem Herrschaftsausbau, S. 254 f. Vgl. allg. zum Charakter karolingischer *regna* als Personenverbände R. Deutinger – Königsherrschaft im Ostfränkischen Reich, S. 29 ff. *(Regnum)*.

354 Roman Deutinger betont, daß »die Erblichkeit (besser: Erbbarkeit) der Grafschaften im Grunde kein Gegensatz zur königlichen Ernennung [ist], sondern lediglich ein ergänzendes Prinzip, durch das der Amtscharakter nicht beeinträchtigt wird« (a.a.O. S. 157). Vgl. jedoch seine grundsätzlichen Überlegungen zum karolingischen Amtsbegriff und zur Anwendung moderner Definitionen a.a.O. S. 109 ff. Zur Frage des Delegationszusammenhanges schreibt Deutinger: »Das konstitutionalistische Modell der Delegation von Amtsgewalt durch den König, das bis zur Gegenwart das Bild vom karolingischen Herrschaftsverband prägt und erst in den letzten Jahren vereinzelt in Frage gestellt wurde, ist deshalb nachdrücklich zu hinterfragen« (a.a.O. S. 111); »Nirgends nämlich, und darin liegt eines der Grundprobleme für die Forschungen zur frühmittelalterlichen Verfassungsgeschichte, nicht einmal beiläufig, ist in der Karolingerzeit ein Prinzip formuliert, das die Machtausübung der Amtsträger wie z.B. der Grafen in eine explizite Beziehung zum Königtum oder auch zu einer anderen Verfassungsinstitution setzen würde« (a.a.O. S. 160).

355 Vgl. B. Schneidmüller – Zwischen Gott und den Getreuen, S. 209 ff.

356 Siehe H. Beumann – Zur Entwicklung transpersonaler Staatsauffassungen; G. Koch – Auf dem Wege zum Sacrum Imperium, S. 12 ff.

giger von der königlichen Spitze ausgehenden und in alle Verästelungen reichende Ermächtigung zur Übung von Herrschaft oder Anwendung von Recht. Das *regnum* war – und das gilt für alle Arten von *regna* in dieser Zeit – kein Stufenbau delegierter rechtlicher Befugnisse[357]. Das resultierende Machtgefüge befand sich vielmehr in einem Zustand zerbrechlicher Balance eigener Art, weder Gewaltenpyramide noch Nebeneinander souveräner politischer Einheiten, sondern ein komplexes Ineinander von weltlichen und geistlichen, lokalen und regionalen, personalen und ansatzweise transpersonalen Gewalten, vom Königtum überschirmt und stets an der Ausweitung der eigenen Machtpositionen interessiert, ein Amalgam, das überdies seine abschließende Darstellung noch lange nicht gefunden haben wird. Hagen Keller spricht in diesem Zusammenhang von »polyzentrischen Strukturen«[358]. Aus dem Ganzen ragt durch intensivierte theologische Überhöhung das Königtum hervor – oder besser der König *in propria persona* – als *die* integrative Institution für das Reich[359]. Darin ist die wesentliche ›Funktion‹ des Königtums gesehen worden – mindestens zur Ottonenzeit[360].

Stefan Weinfurter spricht davon, daß »die ottonische Königsepoche auf die Individualisierung des Herrschers ausgerichtet war«[361]. Im Unterschied zum Karolingerreich galt für das nunmehr verselbständigte östliche Teilreich das neue Verfas-

357 H. Keller – Die Investitur, S. 76; R. Große – Der Friede in Frankreich bis zur Mitte des 12. Jahrhunderts, S. 80 f. Die Idee begegnet als historisch (noch) nicht durchsetzbarer Anspruch bei Friedrich Barbarossa Mitte des 12. Jahrhunderts; vgl. G. Dilcher – Der mittelalterliche Kaisergedanke als Rechtslegitimation, S. 163 u. 166; ders. – Die stauffische Renovatio im Spannungsfeld von traditionalem und neuem Denken, S. 631 u. 638.

358 H. Keller – Grundlagen ottonischer Königsherrschaft, S. 26. So auch Deutinger für die das ostfränkische Reich in der späten Karolingerzeit: »Die Herrschaftsstruktur […] ist vielmehr als polyzentrisch zu bezeichnen, da es neben dem König noch zahlreiche weitere Herrschaftsträger gab, deren Macht nicht vom Königtum her definiert und delegiert war […]«; a.a.O. S. 222.

359 R. Schneider – Das Königtum als Integrationsfaktor im Reich. Zur theologischen Hervorhebung im Wege der Herrscherweihe: E. Ewig – Zum christlichen Königsgedanken im Frühmittelalter; E.H. Kantorowicz – Die zwei Körper des Königs; S. Weinfurter – Idee und Funktion des ›Sakralkönigtums‹ bei den ottonischen und salischen Herrschern (10. und 11. Jahrhundert).

360 Zur Ottonenherrschaft siehe: R. Holtzmann – Geschichte der sächsischen Kaiserzeit; J. Fried – Die Formierung Europas 840–1046; ders. – Der Weg in die Geschichte; E. Hlawitschka – Vom Frankenreich zur Formierung der europäischen Staaten und Völkergemeinschaft 840–1046; E. Boshof – Königtum und Königsherrschaft im 10. und 11. Jahrhundert; C. Brühl – Die Geburt zweier Völker; H. Beumann – Die Ottonen; G. Althoff – Die Ottonen. Zu den einzelnen Herrschern: G. Althoff, H. Keller – Heinrich I. und Otto der Große; J. Laudage – Otto der Große; G. Althoff – Otto III.; S. Weinfurter – Heinrich II. (1002–1024) sowie der instruktive Sammelband B. Schneidmüller, S. Weinfurter (Hrsg.) – Otto III. – Heinrich II. Eine Wende?

361 S. Weinfurter – Zur ›Funktion‹ des ottonischen und salischen Königtums, S. 351.

sungsprinzip der Unteilbarkeit[362], das in der Person des Königs sichtbar repräsentiert wurde und dessen Funktion entscheidend bestimmte: »Die Einheit dieses neuen Reiches war anfangs nur über ein personales, auf den König zulaufendes Beziehungsnetz unter den Herrschaftsträgern des Reiches herzustellen. […] Man muß sogar die Frage stellen, ob Einheit ohne König möglich war«[363]. Das Beziehungsgeflecht, das an die Person des Königs anknüpft, war, so jedenfalls im von Heinrich I. umgesetzten Herrschaftskonzept, wesentlich auf *amicitiae* und *pacta* gegründet[364], d.h. auf den »konsequenten Einsatz der Instrumente gütlicher Einigung und Friedensstiftung: Freundschaften und Bündnisse«[365] und das nicht nur im Außenverhältnis, sondern auch zur Strukturierung des Reiches nach innen[366]. Bündnisse und Verbrüderungen mit den Großen im Reich, Zugeständnisse im Gegenzug zur Anerkennung des Königtums des ungesalbten[367] und damit hierokratisch nicht ausgezeichneten Heinrich, waren die Instrumente, mit denen dieses »Genie des Zauderns«[368] Ein-

362 Literaturhinweise in S. Weinfurter – Ottonische ›Neuanfänge‹ und ihre Perspektiven, S. 8 FN 40.

363 A.a.O. S. 350. Johannes Fried betont in seiner Sicht des Einheitsprinzips im Verfassungswandel von den Karolingern zu den Ottonen weniger die integrative Funktion des Königs als die sich abzeichnende personelle Unabhängigkeit des Reiches als *corpus*, wenn er schreibt: »Das Reich war jetzt kein Familiengut der Königssippe mehr wie prinzipiell in karolingischer Zeit. Es war ein unabhängig von der Person des Königs und seiner Sippe bestehender politischer Verband, dessen Organe der König und die Fürsten bildeten. Ein wichtiger Schritt zur Objektivierung der Königsherrschaft war getan.« J. Fried – Der Weg in die Geschichte, S. 593. Gegen die Vorstellung, das Reich sei in der Karolingerzeit als »Eigentum des Königs oder der Königsfamilie betrachtet worden«, R. Deutinger, a.a.O. S. 36 FN 64. Die Selbständigkeit des politischen Verbandes unabhängig von der Person des Königs und seiner integrativen Fähigkeit durch Kompromisse (wie Heinrich I.) oder Stärke (wie Otto der Große [dazu J. Laudage, a.a.O. S. 252 ff.]) ist es, die Weinfurter für die Epoche der Ottonen bezweifelt. Für die vorangehende Karolingerzeit gibt es Hinweise auf einen stärkeren Abstraktionsgrad in der Herrschaftsstruktur; H.-W. Goetz – Regnum, S. 120. Gar keinen grundsätzlichen verfassungsmäßigen Wandel wiederum sieht A. Nitschke – Karolinger und Ottonen.

364 Für Heinrich I. siehe G. Althoff – Amicitiae und Pacta; bzw. ders. – Verwandte, Freunde und Getreue.

365 G. Althoff – Die Ottonen, S. 67.

366 Im Falle Arnulfs von Bayern, der sich schließlich 921 Heinrich in Regensburg unterworfen hat, ist überhaupt erst durch das Bündnis entschieden worden, daß die Beziehung zu Bayern künftig dem Innenverhältnis des Reiches zuzurechnen war und Bayern nicht selbständiges Königreich wurde. Dazu C. Brühl – Die Geburt zweier Völker, S. 139: »Es ist erwiesen, daß Heinrich und Arnulf eine *amicitia* abschlossen, deren Bedeutung der älteren Forschung nicht klar war. Es handelte sich um einen – modern gesprochen – ›völkerrechtlichen‹ Vertrag, der Arnulf ein Höchstmaß an Selbständigkeit, insbesondere das Recht der Bischofsernennung und eine völlig eigenständige Außenpolitik garantierte […]«

367 S. Weinfurter – Idee und Funktion des ›Sakralkönigtums‹ bei den ottonischen und salischen Herrschern (10. und 11. Jahrhundert), S. 101 ff.

368 J. Fried – Der Weg in die Geschichte, S. 566.

heit und Bestand seines Reiches sicherte[369]. Eine solche Verfassung des Reiches ist nun alles andere denn ein Stufenbau von Ermächtigungen. Die *principes* treten bei aller Bereitschaft, Kompromisse einzugehen[370], als ernstzunehmende politische Gegner des Königs auf mit selbständigem und keineswegs delegiertem Gewaltpotential in der Hinterhand[371], und die Erringung der allseitigen Anerkennung der Königsstellung war ein für Heinrich langwieriger und erst in der späteren Darstellung Widukinds von Corvey harmonisch ablaufender Prozeß[372].

Auch als Otto I. später Konzept und Strategie wechselte und Bündnisse im Innenverhältnis verweigerte[373], änderte sich an der ›nichtstaatlichen‹[374] Struktur des Reiches nichts Grundsätzliches. Der Rückgriff auf die Reichsbischöfe – nach dem mißglückten Versuch, die eigene Verwandtschaft für seine Herrschaft stärker

---

369 »[…] es scheint sich doch in ottonischer Zeit eine ganz neue Qualität dieses offenen Regulationssystems herausentwickelt zu haben, mit seinen Freundschafts- und Schwurgenossenschaften, mit seinen Gebetsverbrüderungen und regionalen Integrations- und Kampfbündnissen […] In diesem Sinne stellt auch der Continuator Reginonis den *consensus* und die *unanimitas* der gesellschaftlichen Kräfte als Kategorien ottonischer Herrschaft heraus.« S. Weinfurter – Ottonische ›Neuanfänge‹ und ihre Perspektiven, S. 4 f. Zum dahinterstehenden Herrschaftsbegriff B. Schneidmüller – Konsensuale Herrschaft; M. Frase – Friede und Königsherrschaft.

370 Das Konzept Heinrichs war natürlich auf eine entsprechende Bereitschaft auf der Gegenseite angewiesen, überhaupt Freundschaftsbündnisse einzugehen. Im Gegenzug waren die Großen des Reiches auch bei den außenwirksamen Verträgen miteingebunden, z.B. beim Bonner Vertrag zwischen Heinrich I. und Karl dem Einfältigen: »Dieser Freundschaftsvertrag aber wurde bekräftigt und akzeptiert *(collaudando acceptaverunt)* von Bischöfen und Grafen der beiden Könige, die ebenfalls eidlich bestätigten, ihn einhalten zu wollen.« G. Althoff – Die Ottonen, S. 49.

371 B. Schneidmüller – Zwischen Gott und den Getreuen, S. 210 ff.

372 Zum Thema retrospektiver ideologischer Verzerrungen historischer Ereignisse durch die Historiographie des 10. Jahrhunderts gundlegend, aber umstritten, J. Fried – Die Königserhebung Heinrichs I.; Kritik am Ansatz übt G. Althoff – Geschichtsschreibung in einer oralen Gesellschaft, S. 152 ff. Zum Problem der ›Glaubwürdigkeit‹ Widukinds siehe auch ders. – Widukind von Corvey; H. Keller – Widukinds Bericht über die Aachener Wahl und Krönung Ottos I.; B. Schneidmüller – Widukind von Corvey, Richer von Reims und der Wandel politischen Bewußtseins im 10. Jahrhundert.

373 Siehe G. Althoff – Die Ottonen, S. 69 ff., bzw. ders. – Verwandte, Freunde und Getreue, S. 112: »Es war bereits Otto der Große […], der wechselseitig bindende Bündnisse *(pacta mutua)* mit den Großen seines Reiches […] verweigerte. […] Seiner Königsherrschaft bescherten diese Weigerungen eine schwere Krise, denn die Betroffenen empfanden sie und andere königliche Handlungen, die auf Durchsetzung eines gesteigerten herrscherlichen Anspruchs zielten, als *offensio*, als Beleidigung, und reagierten darauf mit mehreren Fehden […]«.

374 ›Nichtstaatlichkeit‹ meint hier: Abwesenheit moderner Staatlichkeit; einer Verwendung des Begriffs ›Staat‹ im mittelalterlichen Kontext, wie H.-W Goetz – Regnum, S. 111, sie verteidigt, steht das in der Sache nicht entgegen, wenn auch einem restriktiven Gebrauch des Begriffs i.S. einer Beschränkung auf staatliche Strukturen der Neuzeit der Vorzug zu geben ist.

zu instrumentalisieren[375] nunmehr »wichtiges und wirksames Kernstück der Ottonischen Politik«[376] –, der »in der zunehmenden Einbindung der Reichskirchen in den Königsdienst und ihrer personellen Verzahnung mit Hof und Hofkapelle«[377] systematische Züge angenommen hat, wofür man den Begriff »ottonisch-salisches Reichskirchensystem« geprägt hat[378], veränderte zwar die Verwaltungsstrukturen im Reich, löste aber nicht das Prinzip persönlicher Beziehungen durch ein Ämtersystem auf der Basis von Ermächtigungen ab. Brachte die Investitur des ›nach Gutdünken‹[379] vom König ausgewählten Kandidaten[380] mit Ring und Stab[381] deutlich seine

---

375 Die jüngere Forschung betont eher einen kontinuierlichen Übergang hin zu dem, was zuvor als ›Reichskirchensystem‹ vielleicht ein wenig idealisiert worden ist, und warnt davor, »aus der älteren Literatur und führenden Handbüchern die Vorstellung von einem fundamentalen konzeptionellen Entschluß Ottos I. zu übernehmen, mit dem der König sein Reichskirchensystem in die Wege geleitet habe, als er im Aufstand seines Sohnes Liudolf (953/54) das Scheitern seiner früheren, auf die familiäre Einbindung der Stammesherzöge gegründeten Herrschaftskonzeption habe eingestehen müssen«; R. Schieffer – Der ottonische Reichsepiskopat zwischen Königtum und Adel, S. 293 f.; siehe auch ders. – Karolingische und ottonische Kirchenpolitik, insbes. S. 325. Zur ottonischen ›Reichsstrukturpolitik‹ siehe auch K. Kroeschell – Deutsche Rechtsgeschichte I., S. 140: »Otto der Große unternahm den Versuch, die Herzogtümer unter Einsetzung von Verwandten gewissermaßen als Amtsherzogtümer stärker in den Dienst des Königtums zu stellen. Dieses Bemühen ist jedoch in blutigen Aufständen gescheitert.«

376 R. Holtzmann – Geschichte der sächsischen Kaiserzeit, S. 180.

377 H. Keller – Grundlagen ottonischer Königsherrschaft, S. 26.

378 Siehe u.a. L. Santifaller – Zur Geschichte des ottonisch-salischen Reichskirchensystems; G. Tellenbach – Die westliche Kirche vom 10. bis zum frühen 12. Jahrhundert. T. Reuter – The ›Imperial Church System‹ of the Ottonian and Salian Rulers; J. Fleckenstein – Problematik und Gestalt der ottonisch-salischen Reichskirche; R. Schieffer – Der geschichtliche Ort der ottonisch-salischen Reichskirchenpolitik; ders. – Karolingische und ottonische Kirchenpolitik; L. Körntgen – König und Priester.

379 Von Timothy Reuter wird der faktische Einfluß des Königs auf die Auswahl der Bischofskandidaten stark relativiert; zu viele Rücksichten auf die Interessen lokaler Adelsfamilien und politische Gegengeschäfte aller Art hätten seine freie Entscheidungsfindung beeinträchtigt: »The king played a vital part in many elections, but did not have a free hand or the opportunity to impose a ›policy‹.« T. Reuter – The ›Imperial Church System‹ of the Ottonian and Salian Rulers, S. 355. Kritisiert wurde diese Einschätzung von J. Fleckenstein – Problematik und Gestalt der ottonisch-salischen Reichskirche; siehe auch G. Tellenbach – Die westliche Kirche vom 10. bis zum frühen 12. Jahrhundert, S. 57 f.; zur Frage des Einflusses und der Bindung des Königs bei der Bestellung von Bischöfen in karolingischer Zeit R. Deutinger – Königsherrschaft im Ostfränkischen Reich, S. 111 ff. *(Episcopus),* der nicht nur die Erfordernisse kanonischer Wahl weitgehend erfüllt sieht, sondern zudem den König mannigfach an den Konsens des regionalen Adels gebunden.

380 J. Fleckenstein – Hofkapelle und Reichsepiskopat unter Heinrich IV.

381 O. Engels – Der Pontifikatsantritt und seine Zeichen, S. 754 ff. Der Stab ist seit der Karolingerzeit Investitursymbol, der Bischofsring, wiewohl schon länger geistliches Kennzeichen, erst seit Heinrich II.; a.a.O. S. 758.

weltlich-geistliche Doppelstellung zum Ausdruck und handelte es sich auch dabei, Bischöfe und Äbte einzusetzen, um ein subjektives, erst viel später im Investiturstreit erfolgreich bestrittenes Recht des Königs[382], so blieb die Herrengewalt des Investierten über dessen *familia* doch seine ureigenste und war weder weltlich noch geistlich vom König abgeleitet und keine im Namen des Königs geübte: »Die Bischöfe dieser Zeit [d.h. des 10. u. 11. Jh.] waren, wie in den Jahrhunderten vorher, weitgehend unabhängige Machthaber. Sie hatten gewisse, aber insgesamt keineswegs lästige Verpflichtungen gegenüber Papst, Erzbischof und Herrscher, die aber nur einen kleinen Teil ihrer Zeit und ihrer Ressourcen beanspruchten«[383]. Unter diesen Bedingungen ist der ernannte Bischof eher Verbündeter des Königs als dessen Amtsträger[384]. Signifikant für die Position der Bischöfe ist, daß der König den *actus contrarius* zur Investitur, die Absetzung, nicht verfügen konnte[385].

Dieses Verhältnis galt umso mehr für die Besetzung weltlicher Positionen, auf die der König weit weniger Einfluß hatte. Auch das Instrument des Lehnrechtes schaffte zwar weitere der für die damalige Verfassungsstruktur so typischen persönlichen Beziehungen, aber keinen transitiv wirksamen Delegationszusammenhang[386]. Ein Vasall war kein Beamter[387]. Das ganze so stark auf personale Beziehungen abstellende,

---

382 Für einen schönen Überblick über die politische Bedeutung der Investitur im Investiturstreit siehe C. Zey – Der sogenannte Investiturstreit.

383 T. Reuter – Ein Europa der Bischöfe, S. 25.

384 H. Keller – Grundlagen ottonischer Königsherrschaft, S. 26 FN 40: »So verfehlt die Charakterisierung der Bischöfe als ›Reichsbeamte‹, selbst wenn sie nur als Metapher gemeint ist, nicht nur alle zeitgenössischen Vorstellungen vom Bischofsamt sowie von Königtum und Reich, sondern ist auch hinsichtlich der tatsächlichen Beziehungen zwischen dem König und den einzelnen Bischöfen irreführend.« In *Die Investitur* betont Keller jedoch mehr die Abhängigkeit, »als sich auch bei den Bischöfen, die Investitur eng mit der Lehnshuldigung an den König verband […]« a.a.O. S. 66; die Investitur »sollte wohl die Beauftragung des Vasallen durch den Herren demonstrieren […] aber auch verdeutlichen, daß seine Machtbefugnisse abgeleitet waren.« A.a.O. S. 71. Für eine weitgehende Eigenständigkeit der Bischöfe spricht sich T. Reuter – The ›Imperial Church System‹ of the Ottonian and Salian Rulers, S. 356, aus: »If the king's control over elections and candidates was something less than total, his control over bishops once elected was much the same as that over the lay nobility. […] They could not be deposed, and this alone should make us doubtful about thinking of them as a kind of civil service.« Zur ähnlichen Einschätzung schon für die vorausgehende Karolingerzeit R. Deutinger, a.a.O.

385 Zur Stellung als Reichsbischof O. Engels – Der Reichsbischof (10. und 11. Jahrhundert).

386 Befugnisübertragung durch Lehensbindung ist kein Ersatz für amtsmäßige Delegation: »Selbst dort, wo die königliche Gewalt sich durchsetzt und die segmentäre Herrschaftsbildung durch eine pyramidale überwindet, wie im Lehnswesen, wird keine Ämterhierarchie im strengen Sinne geschaffen, sondern bleiben die bestellten Amtsträger relativ frei und unkontrolliert […]« H. Boldt – Deutsche Verfassungsgeschichte Bd. 1, S. 83 f.

387 Daß überdies die Vasallen *(vassi)* der spätkarolingischen Zeit, die sich in diesem Punkt allerdings von

darum als »Personenverbandsstaat«[388] charakterisierte Gefüge darf außerdem nicht dazu verleiten, zu stark zu individualisieren[389] und die starke Einbindung der einzelnen Akteure in Gruppen, denen sie einerseits ihre Machtbasis verdankten, deren Interessen sie andererseits nicht vernachlässigen durften, zu übersehen[390]. Auf diese Weise pflanzt sich die Struktur, die an der Reichsspitze sichtbar wurde, in die immer kleiner werdenden Verbände nach unten hin fort, mit einem charakteristischen Verpflichtungsvorrang zu Gunsten der Einheit, aus der heraus gehandelt wird, wie Hagen Keller betont hat: »Im Konfliktfall [war] die Einbindung der Großen in ihren kleineren, unmittelbaren Lebenskreis stärker, die Verpflichtung gegenüber ihrer Gruppe elementarer und gewichtiger als die Bindung an das Königtum«[391]. Was wir im Mittelalter ›Staat‹ nennen können, sind Integrationsebenen über derartigen als politische Einheiten verstehbaren Zellen[392].

Ein Staat im modernen Sinn ist in dem andeutungsweise beschriebenen Gefüge nicht zu erkennen, wenn es auch nach der Ansicht einiger Forscher nicht an der Vorstellung einer von der Person des Königs unabhängigen Identität des Reiches gefehlt

---

der ottonischen unterscheiden mag, nicht nur keine Beamten (R. Deutinger – Königsherrschaft im Ostfränkischen Reich, S. 89), sondern auch keine ›Vasallen‹ i.S.d. Hoch- und Spätmittealters waren und ein auf diesen Vasallen und die Vergabe von königlichen *beneficia* aufbauendes umgreifendes »lehensrechtliches ›System‹ [...] schlichtweg eine Fiktion« sei, darauf weist mit Nachdruck Roman Deutinger hin (a.a.O. S. 85). Insbesondere sei von ihrer Struktur her die »Vasallität [...] kein geeignetes Instrument zum Aufbau eines mehrstufigen, hierarchisch geordneten Herrschaftsverbandes [gewesen]. Aftervasallen des Königs [...] sind zwar theoretisch denkbar, aber nirgends belegt« (a.a.O. S. 86 f.).

388 Der Begriff wurde eingeführt in Th. Mayer – Die Ausbildung der Grundlagen des modernen deutschen Staates; siehe auch ders. – Staatsauffassung in der Karolingerzeit, insbes. S. 174.

389 Siehe W. Ullmann – Individuum und Gesellschaft im Mittelalter, S. 47 ff.

390 H. Keller – Grundlagen ottonischer Königsherrschaft, S. 21. »Demgemäß dürfte unter den Bischöfen das Empfinden verbreitet gewesen sein, ihre Stellung nicht ausschließlich der Gunst (oder gar einem politischen Auftrag) des Königs zu verdanken, sondern in mehr als nur einer Loyalitätsbindung zu stehen. Der eigenen Familie gewogen zu sein [...] galt nicht als verzeihliche Schwäche, sondern als hohes moralisches Gebot.« R. Schieffer – Der ottonische Reichsepiskopat zwischen Königtum und Adel, S. 297.

391 H. Keller, a.a.O. S. 23.

392 Formuliert wurde dieser Gedanke ebenfalls von Hagen Keller in ders. – Die Investitur, S. 76: »In Bezug auf solche Strukturen spricht die Geschichtsforschung – mit und ohne Anführungszeichen – von ›autogenen Herrschaftsrechten‹ des Adels, womit sie betonen will, daß es im ›Staat‹ des Mittelalters von vornherein Herrschaftsbefugnisse gibt, die nicht von der Königsgewalt abzuleiten sind. [... Der König] kann die anderen Herrschaftsträger nicht beiseiteschieben, sondern nur integrieren. [...] Denn ich meine, daß wir alle ›staatlichen‹ Gebilde des früheren Mittelalters, die Königreiche und auch ihre inneren Gliederungen wie beispielsweise die Herzogtümer, vor allem als Integrationsebenen über solchen Machtzellen verstehen müssen [...]«

hat[393]. Genau diese Distanz zu modern-staatlichen Verhältnissen wollte wohl Gerd Althoff zum Ausdruck bringen, als er für seine Beschreibung der Ottonenepoche den Untertitel *Königsherrschaft ohne Staat* wählte[394], oder Timothy Reuter, wenn er – angelsächsische Wortbedeutungen nutzend – prägnant zusammenfaßt: »The Ottonians ruled, but did not govern«[395]. Es gab in dieser Zeit keinen Staat i.S. einer Monopolisierung des Verwaltungsaufbaues, der Rechtssetzung oder überhaupt ein funktionierendes oder auch nur beanspruchtes Gewaltmonopol[396]. Dieser Umstand ist übrigens ›außerhalb des Reiches‹ schon im 10. Jahrhundert selbst als Mangel wahrgenommen worden, und zwar bei den Verhandlungen zwischen Abd-al-Rahman III. und Johannes von Gorze in Cordoba[397], bei denen der Kalif kritisiert, daß Otto »sich die Ausübung seiner Herrschergewalt nicht selbst vorbehält, sondern zuläßt, daß jeder der Seinen in ganzer Fülle eigene Gewalt *(propria potestas)* ausübt […]«[398].

393 Zuletzt R. Deutinger, a.a.O. S. 34 bzw. 219; bei Deutinger scheint in der korrektiven Betonung, daß ein »Reich, verstanden als Personenverband, […] vorrübergehend auch von anderen als einem König geleitet werden, sogar eine Zeitlang ganz ohne König existieren [konnte], ohne deshalb aufzuhören, ein Reich zu sein«, die Ausnahme den Vorrang über den Regelfall (der Königsherrschaft) zu gewinnen. Die sich abzeichnende langsame Verselbständigung des *regnum* gegen den *rex* darf nicht dazu verleiten, das Reich nicht als im Denkhorizont der Zeit letztlich selbstverständlich auf eine monarchische Spitze eines persönlich regierenden Königs hin ausgerichteten Begriff zu deuten. Schon die Homonymie, die Deutinger den Wortgebrauch als oft unentscheidbar zwischen *regnum* als Personenverband und *regnum* als (persönliche) Herrschaftsausübung erscheinen läßt (vgl. a.a.O. S. 36 FN 64), verweist in letzter Instanz bei aller Eigenständigkeit des Personenverbandes wieder auf den *rex*, der diese Herrschaft im Regelfall wahrzunehmen hat.

394 G. Althoff – Die Ottonen. Kritik dazu in H. Zimmermann – Rezension zu ›G. Althoff, Die Ottonen‹, S. 491.

395 T. Reuter – The ›Feudal Revolution‹ Debate III, S. 190.

396 Vgl. die zusammenfassende Einschätzung in W. Hartmann – Der Bischof als Richter, S. 103: »In jener Zeit – also zwischen dem 6. und dem 11. Jahrhundert – hat es nämlich dieses staatliche Monopol noch nicht gegeben, und kriminelle Delikte wurden nicht von einer gleichmäßig vorgehenden Justiz der Bestrafung zugeführt. Man kann das nicht damit erklären, daß damals eben ›anarchische‹ Zustände geherrscht hätten, weil es keine staatlichen, besonders aber keine polizeilichen Organe und auch keine kontinuierliche Verwaltung gab, so daß der Selbsthilfe großer Raum blieb.«

397 F. Valdés Fernández – Die Gesandtschaft des Johannes von Gorze nach Cordoba.

398 Johannes von Metz, Vita Johannis abbatis Gorziensis, ed. G.H. Pertz, S. 376 f: »*Quod potestatem virtutis suae non sibi soli retinet, sed passus ubere quemque suorum propria uti potestate* […]« [Übersetzung in H. Keller – Grundlagen ottonischer Königsherrschaft, S. 23]; siehe auch ders. – Zum Charakter der ›Staatlichkeit‹ zwischen karolingischer Reichsreform und hochmittelalterlichem Herrschaftsausbau, S. 262 f.

*Zur Rolle und Bedeutung mittelalterlicher Gesetzgebung*

Wenn schon der Aufbau der ›Vollziehung‹ im 10. Jahrhundert keinen Stufenbau von Ermächtigungen aufweist, so könnte immerhin dem Recht der Zeit ein Stufenbau der Rechtsquellen bzw. der Rechtserzeugung zugrunde liegen. Es muß deshalb ein Blick auf die zeitgenössische Gesetzgebungspraxis geworfen werden.

Gesetzgebung ist in einem Rechtssystem, das auf der Unterscheidung von sog. Primär- oder Verhaltensnormen und Sekundärnormen (d.h. solchen, die Entstehung, Dauer und Untergang von Rechtsnormen im System normieren) aufgebaut ist, eine besondere Leistung oder Funktion des Systems zur selbstgesteuerten Anpassung des Rechts. Zentral in der Gestaltung dieser Normen zweiter Ordnung (Normen über Normen) ist die Zuweisung von Setzungs- und Aufhebungskompetenz durch Normen vom Typus der ›Ermächtigungsnormen‹[399] und darüber hinaus die Bindung an Verfahren sowie korrespondierende Normen über Rechte und Pflichten zur Ausübung der zugewiesenen Kompetenz. All das setzt einen Differenzierungsgrad voraus, in welchem das Recht das Stadium reiner Rechtsgewohnheiten bereits verlassen hat (wie das z.B. in einem reinen Verhaltensnormmodell i.S.v. Hans Kelsen nicht der Fall ist[400]) und das dem Verhalten zugrunde liegende Recht zumindest soweit Objekt der Reflexion durch die diesem Recht Unterworfenen geworden ist, daß Rechtsgestaltung und -änderung über den Einzelfall des Einräumens oder Aufgebens von Rechten oder einfache Vertragsverhältnisse hinaus auch in einem generellen Sinn denkbar wird. Recht wird in einer potenzierten Weise verfügbar, wenn ein System die laufende autoritative Setzung genereller Rechtsnormen kennt. Geschieht dies bewußt und in institutionalisierter Weise, so sprechen wir von Gesetzgebung. Das Produkt der Setzung – als fortwirkende, sich nicht im Akt des Erlassens/Befehlens erschöpfende Entität (Norm) – ist das ›Gesetz‹, zu dem wesentlich seine Allgemeinheit gehört[401]; die spezifische Seinsweise seines Inhalts ist die ›Geltung‹. Setzt sich ›gesatztes‹ Recht als Typus neben anderen Formen der Entstehung durch, affiziert das auf lange Sicht auch die anderen Erscheinungsweisen von Recht, indem nunmehr ›Gewohnheitsrecht‹ als subsidiäres Recht dem Gesetzesrecht nachmodelliert wird[402]. Erkennbar wird das an der norma-

399 P. Koller – Theorie des Rechts, S. 87; O. Weinberger – Norm und Institution, S. 64.

400 H. Kelsen – Reine Rechtslehre, S. 198 f.; P. Koller, a.a.O. S. 106.

401 Individual- oder Maßnahmegesetze sind unter diesem Gesichtspunkt immer als Formmißbrauch kritisierbar.

402 Als Beispiel für eine vollständige systematische Unterordnung derartig verstandenen Gewohnheitsrechts unter gesatztes Schriftrecht siehe H. Kelsen – Reine Rechtslehre, S. 230 ff. Typisch für diesen Zugang ist auch die Gewohnheitsrechtslehre von Siegfried Brie: »[…] haben die Deutschen […] ein nicht auf Satzung beruhendes, aus der rechtlichen Überzeugung und alter Übung der Mitglieder einer

tiven Fixierung bestimmter Zeiträume (etwa 30 Jahre), die für die unwidersprochene Übung von Gewohnheitsrecht notwendig werden, ganz im Gegensatz zur ungemessenen Erinnerung in der allmählichen Rechtsveränderung oraler Kulturen[403]. Nicht alles, was als schriftlich fixiertes Recht entgegentritt, ist darum schon Gesetz im beschriebenen Sinn[404]. Insbesondere ist vieles von dem, was im Mittelalter *prima facie* als *lex* oder Gesetzesrecht greifbar ist, nicht Gesetz im modernen Sinn, sondern in Schriftform gebrachte Gewohnheit, die – gerade dadurch, daß sie in Schriftform gebracht wurde – der Gefahr ausgesetzt war, überholt zu werden[405].

Karl Kroeschell bringt das für den der potentiellen Anknüpfung an antike (auch Gesetzgebungstätigkeit einschließende) Rechtstradition fernstehenden deutschen Raum auf den Punkt: »Eines fehlt in Deutschland vor dem 12. Jahrhundert ganz: das Gesetz«[406]. Betrachten wir – dem Befund scheinbar widersprechend – als ehrwürdiges Zeugnis für frühmittelalterliche ›Gesetzgebung‹ die *leges barbarorum*, die sog. ›Volksrechte‹ (nach einer von Heinrich Brunner geprägten Bezeichnung[407]), so haben wir normative Texte vor uns, deren einzelne Sätze – etwa der langen kasuistischen Bußkataloge[408] – durchaus als Normsätze genommen werden können[409], d.h. je isoliert bedingte Rechtsnormen zum Inhalt haben und insgesamt den

Gemeinschaft fließendes objektives Recht anerkannt. Diesem Gewohnheitsrecht schrieben sie eine mit der Kraft des Gesetzes zum mindesten gleiche Kraft zu.« S. Brie – Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, S. 251. Der konzeptionelle Vorrang des ›Gesetzes‹ ist für das Frühmittelalter schlicht anachronistisch.

403 Vgl. R. Garré – Consuetudo, S. 71 f.

404 Für das mittelalterliche Recht werden sich schwer Zeugnisse finden lassen, auf die der abstrakte positivistische Gesetzesbegriff der Moderne sinnvoll sich anwenden ließe. Beim Versuch, den Prozeß der Verschriftlichung und dessen Einfluß auf den mittelalterlichen Rechtsbegriff einem angemessenen Begriff zu unterstellen, ist der Rückgriff auf einen dem abstrakten Normbegriff verpflichteten Gesetzes- und Gesetzgebungsbegriff höchst problematisch; vgl. R. Schmidt-Wiegand – Recht und Gesetz im Spannungsfeld zwischen Schriftlichkeit und Mündlichkeit im Mittelalter, S. 149: »Es ist vor allem der Vorgang der Verschriftlichung des Rechts, seiner Aufzeichnung, der zur Herausbildung eines einheitlichen oder übergreifenden Rechtsbegriffs im Mittelalter geführt hat. Die Entwicklung wird nicht zuletzt in der Geschichte der Gesetzgebung greifbar. Unter Gesetzgebung versteht man heute ›die Schaffung abstrakter Rechtsnormen mit dem Willen zur generellen Geltung‹ [Zit. H. Krause], eine Definition, die im Blick auf Staat und Verfassung der Neuzeit formuliert wurde und deshalb für das Mittelalter nur bedingt brauchbar ist.«

405 »Die *Lex Salica Karolina* ist in wichtigen Teilen weit von dem zur Zeit Karls des Großen gelebten fränkischen Recht entfernt. Reihenweise werden Bestimmungen mitgeschleppt, die längst überholt sind.« H. Nehlsen – Zur Aktualität und Effektivität germanischer Rechtsaufzeichnungen, S. 472.

406 K. Kroeschell – Deutsche Rechtsgeschichte I, S. 151.

407 C. Schott – Der Stand der Leges-Forschung, S. 31.

408 Zum Beispiel der *Lex Salica* siehe H. Nehlsen, a.a.O. S. 469.

409 »Ihre [d.h. der Volksrechte] Normativität zeigt sich in der für sie typischen ›Si quis …‹-Fassung, ein echtes Konditionalprogramm also, dem sich dann eine Rechtsfolge, etwa ›… solidos componat aut

Eindruck eines dahinterstehenden ›Systems‹ eines taxativ festgelegten Bußausgleichs *(compositio)* vermitteln. Allein – wie man längst weiß – hieße es die historische Situation der Entstehungszeit verkennen, wollte man in ihnen Gesetze (Normsatzkonvolute) im modernen Sinn sehen[410], erlassen von einem souveränen bzw. vom Souerän *via* Verfassung legitimierten Gesetzgeber. Eine solche Einschätzung wäre selbst angesichts der im Prolog der *Lex Baiuvariorum* formulierten Gesetzestheorie und Abriß einer Gesetzgebungsgeschichte unzutreffend und irreführend[411].

iuret‹ anschließt.« G. Dilcher – Bildung, Konstanz und Wandel von Normen und Verfahren im Bereich mittelalterlicher Rechtsgewohnheit, S. 187; vgl. zum Hintergrund C. Schott – Zur Geltung der Lex Alamannorum, S. 92 ff. Hanna Vollrath konstatiert einen funktionalen Wandel in der Verwendung der ›Si quis …‹-Formel zwischen den Volksrechten zu den Landfrieden: »Das *si quis* drückt im Kontext der Bußgerichtsbarkeit nur aus, daß es standardisierte Tarife gab, und zwar mit ständischer Stufung. In den Landfrieden drückt es einen Strafanspruch gegenüber jedermann ohne Ansehen der Person aus.« H. Vollrath – Probleme um die Landfrieden, S. 21.

410 J. Weitzel – Artikel ›Deutsches Recht‹ *(Lexikon des Mittelalters),* Sp. 778.

411 Die im Prolog ausgeführte elaborierte Differenzierung von Gesetz (»*Lex est constitutio scripta*« Lex Baiwariorum, S. 201) und Gewohnheit (»*Consuetudo autem est ius quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur.* […] *Vocata autem consuetudo, quia in communi est usu.*«; a.a.O.) spiegelt nämlich keineswegs das für die Volksrechte und ihre Zeit typische rechtstheoretische Reflexionsniveau wider. Der Text stellt vielmehr eine – im übrigen singuläre – wörtliche Übernahme aus den *Etymologiae* Isidors von Sevilla dar (Et. V, 3, 2; vgl. E. Schumann – Entstehung und Fortwirkung der Lex Baiuvariorum, S. 296; P. Landau – Die Lex Baiuvariorum, S. 31) und ist als solche Reminiszenz spätantiker Gelehrsamkeit, die durch die vermutlich geistlichen Redaktoren (des 8. Jahrhunderts) in die *Lex Baiuvariorum* vermittelt wurde, fernab davon, einer konkreten Rechtswirklichkeit zu entsprechen (Vgl. J. Weitzel – Strafe und Strafverfahren in der Merowingerzeit, S. 140 FN 300; a.A. z.B. R. Kottje – Die Lex Baiuvariorum; oder R. McKitterick – The Carolingians and the Written Word, S. 68: »The compilors of the Bawarian laws intended the written law to be used in court, so that judgement could always be made correctly.«) Die *Lex Baiuvariorum* hat überhaupt eine Sonderstellung unter den Volksrechten, als in ihr weder der unmittelbare schriftliche Niederschlag bayerischer Rechtsgewohnheiten noch ein Produkt königlicher ›Gesetzgebung‹ *qua* Rechtsbesserung zu sehen ist, sondern eine »mit großer Sachkunde ausgearbeitete Kompilation, zusammengesetzt vornehmlich aus Bausteinen der alemannischen, westgotischen, salfränkischen und langobardischen Gesetze sowie bairischer Rechtsgewohnheiten« (C. Schott – Lex und Skriptorium, S. 284) und so gesehen – als Volksrecht – »eine Fälschung« (a.a.O. S. 286). Zur *Lex Baiuvariorum* siehe weiters K. Beyerle – Lex baiuvariorum (mit Edition, Übersetzung und mongraphischer Einführung); J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 575–605 *(Die bayrische Gerichtsverfassung);* W. Sellert – Aufzeichnung des Rechts und Gesetz, S. 96 ff. Eine Anknüpfung an Isidor, die sich mit eigenständiger rechtstheoretischer Reflexion verbindet, erfolgt erst wieder bei Gratian im 12. Jahrhundert; zu Isidor von Sevilla und insbes. seinem Einfluß auf Gratian und Thomas von Aquin Th. Mayer-Maly – Isidor, Gratian, Thomas; A. Wolf – Gesetzgebung in Europa 1100–1500, S. 4 f.; K. Kroeschell – Recht und Rechtsbegriff im 12. Jahrhundert, S. 330; G. Dilcher – Zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte der mittelalterlichen Rechtskultur, S. 628 ff.

Die Volksrechte sind ihrem Selbstverständnis nach – wie Wilhelm Ebel herausgearbeitet hat – zunächst (a) Rechtsaufzeichnung nach dem Typus des Weistums, also Momentaufnahme des *rechts*, bei der »das Königtum insoweit kräftig beteiligt [war], als es meist den Anstoß zur Aufzeichnung gab, die Redaktion der Texte in die Hand nahm und auch auf die größere Autorität des geschriebenen Rechts gegenüber der mündlichen Überlieferung hinarbeitete«[412]. Danach verbirgt sich eingebettet in die Aufzeichnung gezielte Veränderung des Überkommenen unter dem Titel der (b) Rechtsbesserung[413] *(renovare leges)*: Dem König obliegt also die Kompetenz der notwendigen Adaption des (Volks-)Rechts an geänderte soziale Verhältnisse innerhalb von Grenzen, die durch die Notwendigkeit der Zustimmung des Volkes – wohl repräsentiert durch die Vornehmen unter Klerus und Laien – gezogen werden[414]. Es spielen also auch die Typen ›Satzung (Willkür)‹ und ›Gebot‹ mit hinein in die textliche Fixierung der Stammesrechte, einmal dadurch, daß Neuerungen durch allgemeine Zustimmung legitimierbar sind, zum anderen deswegen, weil beim Einsatz der königlichen Banngewalt[415], der an sich nur exekutive Bedeutung zukommt, ein unmerklicher Übergang hin zur Schaffung genereller Regelungen erwartet werden darf. Letzteres deshalb, weil dem Zeitalter eine scharfe Unterscheidung von generellem und individuellem Recht fremd ist[416].

---

412 W. Ebel – Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, S. 32. »Es handelt sich damit um Rechtsquellen, die sich selbst als Aufzeichnung, Verschriftlichung eines schon bestehenden, in mündlicher Tradition überlieferten Rechts verstehen, sie stehen also an der Übergangsstelle von oraler zu litteraler Kultur.« G. Dilcher – Mythischer Ursprung und historische Herkunft als Legitimation mittelalterlicher Rechtsaufzeichnungen zwischen Leges und Sachsenspiegel, S. 142.

413 Zu diesem Gedanken ausführlich am Beispiel des *Edictum Rothari*: G. Dilcher – Gesetzgebung als Rechtserneuerung; ders. – Mythischer Ursprung und historische Herkunft als Legitimation mittelalterlicher Rechtsaufzeichnungen zwischen Leges und Sachsenspiegel, S. 140; ders. – Gesetzgebung, Verschriftlichung und Rechtserneuerung im Langobardenrecht. Vgl. H. Siems – Adsimilare, S. 160 f.

414 »Der justinianische *renovatio*-Topos […] umschreibt die Erneuerung einer traditionellen Stammesrechtsordnung, die mit der Volksgeschichte verbunden wird, durch königliche Initiative zur Gesetzgebung, durch Aufzeichnung durch Rechtskundige und Zustimmung der Dingversammlung des Gesamtvolkes. Der Rückgriff auf geschichtlich gewordene, bisher oral überlieferte, kollektive Überzeugungen von Recht, das Bewußtsein von der Bedeutung der Rechtsaufzeichnung für die Erhaltung dieses Rechts, die Rolle der Legitimationsgrundlagen in Königtum und Volkstradition für die Aufzeichnung der Rechtsordnung erscheinen sehr bewußt zueinandergefügt.« G. Dilcher – Zeitbewußtsein und Geschichtlichkeit im Bereich hochmittelalterlicher Rechtsgewohnheit, S. 40 f.

415 Die Könige setzten »ihre Banngewalt, die Macht des bei Königsbannbuße (in Deutschland grundsätzlich 60 Schilling) zu befolgenden Gebots ein, um den Vollzug des geschriebenen und gebesserten Rechts zu sichern.« W. Ebel, a.a.O. S. 34.

416 Dies meint zumindest H. Krause – Königtum und Rechtsordnung in der Zeit der sächsischen und salischen Herrscher, S. 10, als Charakteristikum für das Zeitalter zu erkennen: »Ein Unterschied zwischen

Der von den Karolingern im Zuge ihrer Modernisierungsbestrebungen intendierte Übergang zum Vorrang des Schriftrechts vor den Gewohnheiten wurde indes nicht erreicht[417], wie überhaupt festzuhalten bleibt, daß »die administrative Schriftlichkeit der Karolingerzeit […], sieht man von den Königsdiplomen ab, keine Kontinuität« erlangt hat[418]. Rechtsänderungen konnten auf lange Frist nur überdauern, wenn sie ihrerseits zur Gewohnheit, zu *recht* wurden[419]. Wir haben eine Art ›bewegliches System‹ von ›Geltungsgründen‹ vor uns, in dem zum kodifizierbaren Recht nur zählen kann, was in hinreichender Weise auf folgenden Autoritätselementen basiert: *consuetudo*, *consensus*, königliche *auctoritas sive potestas* und zunehmend Vereinbarkeit mit christlichen Rechtsprinzipien (etwa dem Dekalog); die Abstützung muß dabei auf mehr als einem dieser Geltungsgründe beruhen: der ›Klang‹ dieses Rechts setzt sich aus den Stimmen all dieser Instrumente zusammen.

Aber, was unübersehbar ist: Niemand ermächtigt hier irgendjemanden zur Rechtsetzung in formellem Sinn: kein Grundgesetz einen Gesetzgeber, keine Versamm-

---

generellel und spezieller Norm […] wird nicht empfunden. Das Allgemeine als Maß und Grenze des Besonderen ist noch nicht in das Bewußtsein gedrungen.«

417 In einem Kapitular Pippins von ca. 790 heißt es etwa (MGH Cap. 1, Nr. 95, c. 10): »*ubi lex est, praecellat consuetudinem, et nulla consuetudo superponatur legi*«; ähnlich MGH Cap. 1, Nr. 96, c. 26; diese Stelle, die eindeutig den Vorrang des Schriftrechts vor den Gewohnheiten zu proklamieren scheint, wurde zum Gegenstand ausführlicher Erörterungen über das Verhältnis von Gesetzes- und Gewohnheitsrecht, wechselseitiger Derogation u.ä., z.B. bei S. Brie – Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, S. 255 FN 15; die für das dem Schriftrecht näher stehende Italien erlassene Bestimmung hatte überhaupt keine Bedeutung für die Verhältnisse nördlich der Alpen im 10. und 11. Jahrhundert. Hermann Krause meint zu dieser Bestimmung: »Ein Vorrang des Gesetzes im Sinne etwaiger Unabänderbarkeit durch Gewohnheitsrecht […] paßt in gar keiner Weise in das Denken der Epoche hinein.« (H. Krause, a.a.O. S. 61); zur These des Nichtdurchsetzens dieser programmatischen Forderung in karolingischer Zeit siehe H. Nehlsen – Zur Aktualität und Effektivität germanischer Rechtsaufzeichnungen, S. 471 ff.; grundsätzliche Überlegungen zum Gebrauch der Kategorien ›Effektivität‹ und ›Geltung‹ in Bezug auf frühmittelalterliches Recht in H. Siems – Zu Problemen der Bewertung frühmittelalterlicher Rechtstexte, S. 295 ff. Zur Differenz der Verhältnisse nördlich und südlich (der Alpen) J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 924 bzw. 1122; ders. – Die transalpine Provinz des ungeschriebenen Rechts, S. 23 f.; ders. – Versuch über Normstrukturen und Rechtsbewußtsein im mittelalterlichen Okzident (450–1100), S. 377; K. Kroeschell – Recht und Gericht in den merowingischen ›Kapitularien‹, S. 765; ders. – Deutsche Rechtsgeschichte I, S. 151.

418 H. Keller – Schriftgebrauch und Symbolhandeln in der öffentlichen Kommunikation, S. 12.

419 Hermann Krause sieht die Entstehung von Gewohnheitsrecht trotz dieses Transformationserfordernisses eng mit Herrschaft verknüpft (»*Soviel Herrschaftskreise* da sind, *soviel Rechtsentstehungskreise* gibt es auch«, a.a.O. S. 10) und stellt den König in den Mittelpunkt eines eigenen Rechtsentstehungskreises (»Die oberste gewohnheitsrechtsbildende Kraft ist *der König*«, a.a.O. S. 6). Die König schafft also neues Recht durch seine Autorität, aber nicht unmittelbar durch Setzung, sondern nur indirekt durch Einfluß auf die Gewohnheiten.

lung einen König, aber ebensowenig der König irgendeine Versammlung[420]. Es geht um ein gemeinsames Erkennen (und in Maßen auch Adaptieren) der rechtlichen Ordnung, die in erster Linie ein göttlich gestiftetes Instrument des Friedens ist; dieser Ordnung zum Durchbruch zu verhelfen ist dem geltenden Herrscherethos nach die Aufgabe der politischen Führungsschicht und allen voran die des Königs[421].

Gesetzgebung im modernen Sinn stellen die Volksrechte nicht dar. Ein im Ergebnis gleichlautendes Résumé wird in einem jüngeren Forschungsüberblick auch im Blick auf die zweite wichtige Gruppe normativer Texte der Karolingerzeit gezogen, die sog. Kapitularien, die »zum größeren Teil des abstrakt-allgemeinen Regelungsgehalts entbehren«[422] und »von den Karolingern als vielseitiges und flexibles Herrschaftsinstrument eingesetzt wurden, um auch die diesseitigen Dinge durch Gebot und Ermahnung im Geiste des Christentums zu ordnen. Ein Gesetzebungswerk sind sie freilich […] nicht gewesen«[423]. Widersprochen wird damit einer älteren Lehre, etwa der Hermann Conrads, die in den Kapitularien aufbauend auf die Unterscheidung von Volksrecht und Königsrecht[424] echte »staatliche« Gesetzgebungsakte kraft königlicher Banngewalt sieht[425]. Neben Deutungsversuchen, die in den Kapitularien

420 Vgl. z.B. C. Schott – Zur Geltung der Lex Alamannorum, S. 84 f.: »Die Bezeichnung ›Pactus‹ [*Lex Alamannorum*] mit der Formel ›et sic convenit‹ kann nicht unbesehen als ›volksrechtliche‹ Normsetzung verstanden werden, die in verfassungskonformem Zusammenwirken von König, Adel und wie auch immer verstandenem Volk ordnungsgemäß zustande kommt. Was sich dahinter verbirgt, ist vielschichtig und ist modernen Geltungskategorien nur mit Not zugänglich. […] Von verfassungsmäßig zugeteilten Gesetzgebungskompetenzen zu sprechen ist freilich noch weniger angebracht als im Bereich des fränkischen Königs.«

421 Friedenssicherung und Verbreitung der *iustitia* gehören unmittelbar nach dem Kirchenschutz in der Karolingerzeit zum *ministerium regale*; siehe dazu am Beispiel Hincmars von Reims H.H. Anton – Fürstenspiegel und Herrscherethos in der Karolingerzeit, S. 314.

422 J. Weitzel – Die transalpine Provinz des ungeschriebenen Rechts, S. 27.

423 Ph. Campbell – Die Kapitularien, S. 38. Zustimmend J. Weitzel – Rezension zu ›A. Cordes, K. Kroeschell (Hrsg.), Funktion und Form‹, S. 532. Ähnlich auch in J. Weitzel – Versuch über Normstrukturen und Rechtsbewußtsein im mittelalterlichen Okzident (450–1100), S. 386: »Die Kapitularien sind jedenfalls nicht insgesamt ›Gesetzgebung‹. Man wird sie wohl als königliches Ordnungsinstrument, das sich auch der Einflußnahme auf das Recht zuwenden konnte, verstehen können. Insoweit sind sie den Polizeigeboten, -normen und -ordnungen des ausgehenden Mittelalters und der frühen Neuzeit vergleichbar.« Zur Gattung der Kapitularien siehe als *locus classicus* F.G. Ganshof – Was waren die Kapitularien?; dazu W.A. Eckhardt – Rezension zu ›F.G. Ganshof, Was waren die Kapitularien?‹; weiters H. Mordek – Karolingische Kapitularien; R. Schneider – Schriftlichkeit und Mündlichkeit im Bereich der Kapitularien.

424 K. Kroeschell – Deutsche Rechtsgeschichte I, S. 84 ff.

425 H. Conrad – Deutsche Rechtsgeschichte Bd. I, S. 134 ff. Vgl. auch H. Brunner – Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, S. 42 f. oder H. Planitz, K.A. Eckhardt – Deutsche Rechtsgeschichte, S. 76,

politische Programmschriften der karolingischen Könige sehen wollen[426], wurde vor allem eingewandt, daß außerhalb Italiens[427] und allenfalls Südfrankreichs das fränkische Gerichtsverfahren gar keinen Raum bot für die Anwendung von Schriftrecht[428]. Berühmte und weitverbreitete Sammlungen von Kapitularien, wie z.B. die des ANSEGIS, waren offensichtlich nicht zur praktischen Anwendung gedacht und geeignet; sie enthielten in großer Heterogenität auch Material, dem schon damals keine normative Kraft zugeschrieben wurde[429]. Letztlich dürfte der Mißerfolg trotz unbestreitbar vorhandenem Reformwillen und auch dem Willen zu echter Gesetzgebung auf das Unvermögen zurückzuführen sein, die Technik der Schriftlichkeit als Instrument flächendeckend auch auf untergeordneten Herrschaftsebenen einzusetzen und insbesondere das gerichtliche Verfahren dahingehend umzugestalten: »[…] als gesprochenes Wort gingen die Bestimmungen des Herrschers hinaus in das Reich; allzuverständlich nur, daß vieles sich verflüchtigte. Zu einer Perpetuierung der Vorschriften in dauerhafter Schriftlichkeit fühlten die Laien sich nicht fähig, die Geistlichen oft nicht genug animiert, denn manches war für den Tag bestimmt, anderes brachte wenig Neues, stimmte überein mit den gängigen Rechtsanschauungen der Zeit, und der Hof selbst tat viel zu wenig für eine ordentliche Normensicherung«[430].

---

wo es lakonisch heißt: »Die königsrechtliche Gesetzgebung im Fränkischen Reich erfolgte in der Form der Kapitularien.«

426 J. Hannig – Consensus fidelium, S. 163 ff.

427 Nach Karl Kroeschell muß mit der Möglichkeit gerechnet werden, »daß ein- und dasselbe karolingische Kapitular nördlich der Alpen von viel geringerer rechtlicher Relevanz war als in Italien, wo es als ›geltendes‹ Recht vom Richter anzuwenden war und damit zugleich eine erhöhte Chance hatte, ›effektiv‹ zu werden.« K. Kroeschell – Rezension zu ›H. Mordek (Hrsg.), Überlieferung und Geltung normativer Texte des frühen und hohen Mittelalters‹, S. 342.

428 Ph. Campbell, a.a.O. S. 35. Für eine Heranziehung im Verfahren (mindestens im Fall der L*ex Baiuvariorum*) spricht sich R. Kottje – Die Lex Baiuvariorum aus und begründet diese These mit Untersuchungen zu Gebrauchsspuren und Verbreitung der erhaltenen Kodizes. Dagegen K. Kroeschell, a.a.O. S. 337: »Der entscheidende Einwand ist, daß es im germanischen Gerichtsverfahren des frühen Mittelalters keinen Anlaß gab, einen *liber legis* aufzuschlagen, und zwar deshalb nicht, weil es in diesem Verfahren gar nicht darum ging, einen Rechtsfall durch Anwendung einer geschriebenen oder ungeschriebenen Regel sachlich zu entscheiden. [Vielmehr sei es so], daß sich der frühe Prozeß mit der materiellen Berechtigung der erhobenen Klage gar nicht befaßt, sondern sich damit begnügt, die Beweisrolle zuzuteilen.«

429 »Was sollte ein Leser anfangen mit Kapiteln wie *De lectionibus*, *De cantu*, *De notariis* usw.? Abgesehen von der Tatsache, daß diese Themen irgendwann einmal beraten worden waren, konnte solchen ›Kapiteln‹ niemand etwas entnehmen. Lediglich in Rubrikform mitgeteilt, waren sie praktisch sinnlos, zumal kein Mensch wissen konnte, was man denn von der Sache her zu den Lesungen, dem Gesang, den Notaren usw. beschlossen hatte.« G. Schmitz – … pro utile firmiter tenenda sunt lege, S. 215.

430 H. Mordek – Karolingische Kapitularien, S. 47.

Bei den Kapitularien jedoch nur dem Normsetzungsaspekt seitens des Königs Aufmerksamkeit zu schenken, stellt allerdings eine sehr selektive Lesart dieser Gattung dar, die freilich ihre Stützung in den Quellen findet, wenn etwa Ansegis »*quasi causa memoriae scripta*« eine »Dokumetation alles dessen [beabsichtigt], was auf kaiserlichen Befehl als Kapitular niedergeschrieben worden war, unabhängig davon, ob die Regelung generell oder für den Einzelfall erlassen worden war und ob sie überhaupt noch Gültigkeit hatte oder haben konnte«[431]. Zu bedenken ist einmal die auffällig enge Verknüpfung von Synoden und Kapitularien, wie überhaupt die außerordentliche Heterogeneität nicht nur hinsichtlich der aufgegriffenen Themen – weltliche wie geistliche in buntem Nebeneinander –, sondern auch bezüglich ihrer Form. Hier begegnet eine Vielgestaltigkeit, die bis heute alle Systematisierungsversuche als letztlich unbefriedigend erscheinen hat lassen. Der allgemein belehrende Charakter, das »zuweilen pastorale Pathos«[432], sind ebenso charakteristisch wie explizite Normsetzung, die wiederum nicht immer genereller Natur sein muß, wie man es von einem ›Gesetz‹ idealtypisch erwarten darf, sondern anlaßbezogen durchaus auch Einzelfälle regeln kann. Von diesem Blickpunkt aus, nämlich in den Kapitularien gerade *kein* Werkzeug zur allgemeinen Normsetzung zu sehen, wurde auch Jürgen Weitzels »bewußt einseitige Bestimmung« der Kapitularien als »Ordnungsinstrumente des Königs« kritisiert[433]. Aber vielleicht ist der Begriff ›Ordnungsinstrument‹ so unzutreffend nicht, wenn man Ordnung etwas allgemeiner, christlich konnotiert und auch die pastoralen Momente einbeziehend versteht und so im Recht und seinen ›Normen‹ ein Moment an dieser Ordnung neben anderen sieht. Tut man das und behält zudem im Auge, daß die karolingische Reformtätigkeit weit ausholend nicht nur auf das Recht zielt, sondern ebenso auf Sprache, Schrift, Musik, Liturgie, Ordensorganisation etc.[434], so haben Themen wie *de cantu* oder *de babtismo* ebenso

431 G. Schmitz, a.a.O.

432 A.a.O. S. 27.

433 A.a.O. FN 12. J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 932: »Die Kapitularien waren Ordnungsinstrumente des Königs. Sie dienten insbesondere der Lenkung der königlichen Amtswalter, ferner der Rechtsbesserung.«

434 J. Fleckenstein – Artikel ›Bildungsreform Karls des Großen‹ *(Lexikon des Mittelalters)*; H.H. Eggebrecht – Musik im Abendland, S. 15: »Der politischen Einheit des Reiches sollte ein einheitlicher liturgischer Gesang entsprechen.« Zur Liturgiereform siehe J.A. Jungmann – Missarum Sollemnia Bd. 1, S. 95 ff. *(Die römische Messe im Frankenreich)* und S. 118 ff. *(Die römisch-fränkische Messe als neuer Grundtypus)*; zur Reform der Schrift siehe B. Bischoff – Paläographie des römischen Altertums und des abendländischen Mittelalters, S. 151 ff. *(Die Vollendung und Durchsetzung der karolingischen Minuskel),* H. Keller – Die Entwicklung der europäischen Schriftkultur im Spiegel der mittelalterlichen Überlieferung, S. 190; zur Normierung der lateinischen (Aus-)Sprache R. McKitterick – The Carolingians and the Written Word, S. 10 ff.

ihren Platz in den Texten wie die allgemeine Ermahnung zu christlicher Lebensführung oder eben rechtstechnisch ausformulierte Gebote und Verbote. Die Unbefangenheit, mit der all das im Bild der Quellen nebeneinander steht, nährt den Verdacht, daß hier bloß Spätere auf der Suche nach den ihnen gewohnten streng durchgeführten normativen Strukturierungen ein in den Augen der Zeitgenossen durchaus brauchbares Gefüge willkürlich und künstlich zerschneiden.

Der immerhin diskutierbare Gesetzescharakter der Kapitularien[435] mag jedoch dahinstehen, da sie mit dem Ende der Karolingerzeit verschwinden und als normative Texte im hier vordringlich interessierenden 10. und 11. Jahrhundert keine Entsprechung haben. Ein rechtlich bedeutsames Fortwirken der Kapitularien ist trotz der Praxis, sie weiterhin abzuschreiben, fraglich[436].

Im Gegenteil wurde für die folgenden Jahrhunderte festgestellt: »In der langen Epoche vom Niedergang des karolingisch-fränkischen Reiches bis zur Zeit der Stauferkönige haben wir kaum Verschriftlichung von Recht im Sinne einer zusammenhängenden Ordnung von normativen Regeln«[437]. So zählt Hermann Krause für den Zeitraum von 226 Jahren zwischen der Regierung Konrads I. (911) und dem Tode Lothars III. (1137) ganze 20 Texte auf, die er als »Gesetze« apostrophiert[438]. Generelle Normsetzung bleibt die Ausnahme und zudem deutlich mit 18 der 20 angeführten Gesetze auf Italien bezogen, einen Raum, dem man immer Kontinuität im vertrauten Umgang mit Schriftrecht zuschreibt. Für die Gebiete nördlich der Alpen bleibt an genereller Normsetzung für den weltlichen Bereich allein das

---

435 Die Diskussion muß hier – wie schon 1962 Wilhelm Alfred Eckhardt anläßlich seiner Besprechung von François Louis Ganshof *Was waren die Kapitularien?* gefordert hat – tiefer gehen und sich der Frage stellen, wie die Kategorien beschaffen sein müssen, um historischen Phänomenen wie den Kapitularien nahe zu kommen.

436 »Bei den vielen Abschriften des 10. oder gar folgender Jahrhunderte fragt man sich, inwieweit sie überhaupt noch rechtlichen Zwecken dienten. Selten nur begegnen uns reine Kapitularienhandschriften. Meist gesellen sich die kürzeren Kapiteltexte zu einzelnen Leges und Leges-Sammlungen, bisweilen auch zu Werken historischen, kanonistischen, philosophischen, patristischen und hagiographischen Inhalts, manchmal wirken Einzelstücke in Manuskripten wie Dekoration oder Füllsel.« H. Mordek – Karolingische Kapitularien, S. 39. Vgl. aber Harald Siems Bemerkungen zur möglichen indirekten Wirkung der Schriftform im Zusammenhang mit der Praxis, Kapitularien öffentlich zu verlesen (ders. – Zu Problemen der Bewertung frühmittelalterlicher Rechtstexte, S. 305): »Wäre das Rechtsleben dieser Zeit nicht vielleicht anders beschaffen gewesen, wenn man von vorneherein auf die Aufzeichnung von Kapitularien verzichtet und sich auf eine mündliche Verbreitung verlassen hätte?«

437 G. Dilcher – Mythischer Ursprung und historische Herkunft als Legitimation mittelalterlicher Rechtsaufzeichnungen zwischen Leges und Sachsenspiegel, S. 147.

438 H. Krause – Königtum und Rechtsordnung in der Zeit der sächsischen und salischen Herrscher, S. 29.

etwas singulär dastehende *Frankfurter Kapitular*[439] von 951, das – betrachtet man es näher – sich als Mischung von Weistum und Bestätigung bzw. Wiederinerinnerungrufen älteren Rechts erweist, und für die kirchliche Sphäre die Beschlüsse diverser Synoden[440], darunter Hohenaltheim[441] 916 und Ingelheim 948. Die ›gesetzgebende‹ Tätigkeit der Synoden, d.h. die Neigung, die Beschlüsse in die Form von *canones* zu gießen, weist dabei im 10. Jahrhundert tendenziell abnehmenden Charakter auf, um Mitte des Jahrhunderts im ostfränkischen Raum ganz zu erlöschen[442].

Fehlende Gesetzgebung bedeutet nun keineswegs einen Stillstand des Rechtslebens, im Gegenteil. Der Wandel der rechtlichen Vorstellungen vollzieht sich sukzessive »durch Rechtsbestätigungen und Rechtssetzungen in Einzelakten«[443], unmerklich und langsam; allein die Idee einer aktiven Gestaltung durch generelle Normen fehlt, wobei nach Weitzel »Dinggenossenschaft und fehlende Normsetzung für das künftige Zusammenleben in einem inneren Zusammenhang [stehen]. Dinggenossenschaft prägt nicht nur die Gestaltung von Einzellagen, sondern nimmt zugleich auf das Verständnis des Rechts Einfluß«[444]. Weil Recht nur für den Einzelfall, d.h.

---

439 Text und deutsche Übersetzung in Quellen zur deutschen Verfassungs-, Wirtschafts- und Sozialgeschichte bis 1250, ed. L. Wenrich, Nr. 10.

440 Auch die synodalen Normtexte dürfen in ihrer Bedeutung als Ausdruck einer regelmäßig gepflegten gesetzgeberischen Praxis nicht überschätzt werden; auch hier kommt es im Vergleich zur Karolingerzeit zu einer Rückbildung generell-normativer Expressivität: »Zwar begegnet auch im 10. Jahrhundert die mit dem Phänomen der Reichskirche wohl notwendig verbundene Institution der Reichssynode, deren Zusammentritt, Thematik und Beschlüsse wesentlich vom Königshof vorbestimmt sind, aber der normative Ertrag ist im Vergleich zur karolingischen Epoche doch kümmerlich, und zu früheren Kapitularien kirchlichen Inhalts findet sich eine Entsprechung überhaupt nicht mehr.« (R. Schieffer – Der geschichtliche Ort der ottonisch-salischen Reichskirchenpolitik, S. 25 f.) Intention der Synoden ist nach der Auffassung von Ernst-Dieter Hehl weniger die Statuierung neuen Rechts als »das Umsetzen kirchenrechtlich bereits etablierter Normen in den religiösen Alltag« (ders. – Die Synoden des ostfränkisch-deutschen und des westfränkischen Reichs im 10. Jahrhundert, S. 134). Zu den Synoden: Die Synoden im Reichsgebiet und in Reichsitalien von 916 bis 1056, ed. H. Wolter.

441 Bei den Synodalbeschlüssen ist dabei durchaus mit einer Verschränkung mit ›weltlichen‹ Belangen zu rechnen, wie das Beispiel des Hohenaltheimer Kanons c. XXIII (»*De eo, qui iuramentum regis violat*« H. Wolter, a.a.O. S. 30) zur Sanktion für Eidbruch gegenüber dem König zeigt; P. Prodi – Das Sakrament der Herrschaft, S. 89; H. Fichtenau – Lebensordnungen des 10. Jahrhunderts, S. 224 u. 539.

442 Die letzte Synode, die in karolingischer Tradition ihre Ergebnisse in Form von *canones* faßt, ist die 952 in Augsburg. Im westfränkischen Reich endete diese Tradition bereits 909; vgl. E.-D. Hehl, a.a.O. S. 125 f.

443 G. Dilcher, a.a.O.

444 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 171. »Als Folgewirkung der in der Dinggenossenschaft gründenden Vorstellungen vom Recht ist auf die […] Tatsache hinzuweisen, dass es im hohen Mittelalter in Bezug auf Deutschland Gesetzgebung nicht gegeben hat.« J. Weitzel – Die Bedeutung der Dinggenossenschaft für die Herrschaftsordnung, S. 360.

die konkrete einzelne Berechtigung, nicht aber generell als verfügbar betrachtet wurde, gab es für Gesetzgebung im eigentlichen Sinn keinen Platz.

Für die fehlende Gesetzgebung wurde seitens der rechtsgeschichtlichen Forschung das Privileg als »Funktionsersatz« angesprochen[445]. Das Privileg, d.h. die Übertragung (Bestätigung) von Rechten mittels »feierlichem Diplom«[446], die als solche regelmäßig Einzelfallcharakter hat, als Mosaiktechnik für generelle Rechtsgestaltung anzusehen, ist selbst für das klassische Beispiel des ›Reichskirchensystems‹ sehr in Zweifel gezogen worden. Privilegien nehmen zwar oft Bezug auf generelles Recht, und zwar typischerweise durch Verweisung auf bestehende *consuetudines* und Gebräuche, aber deren Bestehen und festumrissener Inhalt wird jeweils vorausgesetzt und weder verändert noch durch das Privileg erst konstituiert[447]. Es heißt dann lediglich, ein Privilegienempfänger möge das übertragene Recht in der Art und im Umfang auszuüben befugt sein, wie es an anderem Ort üblich und recht ist – »der Herrscher wird also bei der Erneuerung nicht eigentlich legislativ tätig«[448].

Das Privileg ist in seinem Kern ein Instrument zur Verwaltung königlicher Rechte[449]. Verleihungen von Immunitäten, Markt-, Münz-, Zoll- oder Forstrechten verändern zwar die Rechtslage, wie jeder einfache Kauf-, Tausch- oder Schenkungsvertrag das auch tut, und zwar mit genereller Wirkung gegen Dritte, aber sie verändern unmittelbar nicht das Recht oder die Gewohnheiten. Der König schöpft immer nur aus dem Fundus der ihm zustehenden Rechte[450]. Eine Überschreitung dieser Grenze wurde als unrechtmäßiger Eingriff betrachtet. Wie stark diese Unantastbarkeit empfunden wurde, mag das Beispiel des zähen Ringens um die Errichtung des

445 K. Kroeschell – Recht und Rechtsbegriff im 12. Jahrhundert, S. 310. Hermann Krause, a.a.O., kritisiert in diesem Zusammenhang die Perspektive vom Gesetzgebungsstaat her: »Man muß sich bei solcher Kennzeichnung aber vor der Gefahr hüten, dem Gedanken des Unfertigen und Unvollkommenen Raum zu geben. Der spätere Gesetzgebungsstaat ist nicht das absolute Maß der Dinge.«

446 K. Kroeschell – Deutsche Rechtsgeschichte I, S. 154.

447 G. Dilcher – Zeitbewußtsein und Geschichtlichkeit im Bereich hochmittelalterlicher Rechtsgewohnheit, S. 48.

448 G. Dilcher – Der mittelalterliche Kaisergedanke als Rechtslegitimation, S. 156.

449 Für Wilhelm Ebel drängt sich im Zusammenhang mit den Privilegien die Frage auf, »ob man hier nicht eine königliche Gesetzgebung für einen eng begrenzten, lokalen Bereich vor sich habe. Dies ist jedoch nur scheinbar so […] Auch das ›normative‹ Privileg teilt aus dem vorhandenen Vorrat von Recht, den der König (später der Landesherr) verwaltet und als Richter handhabt, den Privilegierten die Befugnis zu, eben den oder jenen Rechtssatz anstelle eines anderen, auch eines bisher befolgten, zur Grundlage ihrer subjektiven Rechtsverhältnisse zu machen. […] eine ›Gesetzgebung‹ liegt darin nur im Effekt, nicht im Prinzip.« W. Ebel – Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, S. 40.

450 G. Dilcher – Der Gedanke der Rechtserneuerung im Mittelalter, S. 6.

Erzbistums Magdeburg[451] zeigen, bei dem nicht einmal Papst und Kaiser gemeinsam gegen den Willen des territorial beeinträchtigten Bischofs von Halberstadt und des mittelbar als Metropoliten tangierten Erzbischofs von Mainz einen Eingriff in bestehende Rechte durchsetzen konnten – es mußte gewartet werden, bis beide starben; für die Nachfolger war die Zustimmung der Preis für die Investitur. Die zahllosen Privilegien hingegen, die das Mauritiuskloster als Vorstufe zum Erzbistum mit einem enormen Besitz ausstatteten, waren dagegen als Verfügungen unproblematisch.

Wenn nun Hermann Krause von einer Entwicklung des Privilegs hin zum Gesetz spricht, dann ist das nur Ausdruck der Irritation des modernen, die Unterscheidung von individueller und genereller Norm so scharf handhabenden Blicks auf das Mittelalter, dem diese Unterscheidung, wie Krause selbst mehrfach betont, weder rechtstechnisch noch analytisch zur Vefrügung stand.

Faßt man den Befund zusammen, so läßt dies den Schluß zu, daß von einer Ermächtigungsstruktur zur Normsetztung im Wege der Gesetzgebung auf keiner Ebene gesprochen werden kann und das deshalb, weil von regulärer Gesetzgebung als Institution nicht gesprochen werden kann[452]. Alle diesbezüglichen Deutungen von Volksrechten, Kapitularien, Konstitutionen, Synodalbeschlüssen und Privilegien wecken mehr oder minder deutliche Vorbehalte. Recht ist, sofern überhaupt, nur für den Einzelfall disponibel im Rahmen von selbst der Verfügbarkeit entzogenen gewohnheitsbestimmten Grenzen. Recht bewegt sich vornehmlich auf der Ebene seiner Friedensfunktion. Der Gestaltungsfunktion[453] bleibt geringer Spielraum, etwa durch die gezielte Kombination von Privilegien, keinesfalls aber als gesellschaftspolitisches Instrument. Recht bildet sich gewohnheitsmäßig fort, ohne daß es dazu irgendeiner besonderen Ermächtigung bedürfte. Für die Rechtserzeugung spielt der Ermächtigungsbegriff definitiv keine Rolle.

Ab wann läßt sich dann von einem Beginn der Gesetzgebung sprechen? Wenn es Anfang des 11. Jahrhunderts bei Wipo, dem Hofkaplan Konrads II., heißt »*Legem servare est regnare*«[454], so markiert das noch den zeittypischen konservativen

---

451 J. Laudage – Otto der Große, S. 208 ff.; O. Engels – Der Reichsbischof (10. und 11. Jahrhundert), S. 70 f.; G. Althoff – Magdeburg, Halberstadt, Merseburg, S. 267 ff.; ders. – Die Gründung des Erzbistums Magdeburg; ders. – Widukind von Corvey.

452 »Nach alledem spricht einiges für die Richtigkeit der Auffassung, dass in Deutschland und prinzipiell im gesamten transalpinen Europa vor dem Ende des 12. Jahrhunderts das Gesetz völlig fehlte.« J. Weitzel – Die transalpine Provinz des ungeschriebenen Rechts, S. 29.

453 Zu diesen Funktionen P. Koller – Theorie des Rechts, S. 58 f.

454 Proverbia V, 3, ed. H. Bresslau, S. 57; zu diesem Ausspruch und seiner Bedeutung im Rahmen des Aufgreifens römischrechtlicher Traditionen durch die deutschen Könige vor Friedrich Barbarossa T. Struve – Die Salier und das römische Recht, S. 21 ff.

Zug im Recht. Gleichzeitig bekommt das königliche *regnare* aber auch schon ein offensiveres Moment im Zuge der unter Heinrich II. bemerkbaren Intensivierung und Zentralisierung[455] der Herrschaft, was sich ideologisch in der *fecunda ratis* des Egbert von Lüttich niedergeschlagen hat, in der es heißt: »Der König, wenn er will, pflegt unangebrachte Gesetze zu ändern *(Rex ubi uult, solvet inuitas discindere leges)*«[456]. Derlei vereinzelte Bemerkungen bedeuten freilich noch keine Gesetzgebung als Institution, nicht einmal einen systematischen Anspruch auf Kompetenz zur Änderung von Recht. Dennoch werden gerade im 11. Jahrhundert die Überlegungen konkreter und die programmatischen Forderungen prägnanter. Zu nennen sind hier auf weltlicher Seite Benzo von Alba, der es »als Vorrecht und Pflicht des Kaisers zugleich [betrachtete], den römischen Staat durch Gesetze zu bessern – *legibus emendare*«[457] und in Heinrich IV. einen *legifer* sah, sowie Petrus Crassus, der in seiner *Defensio Heinrici regis*[458] eine Lehre von zwei Rechtskreisen entwickelte, einen in der Verantwortung der Nachfolger der Apostel und einen zweiten, der den Königen und Kaisern überantwortet wurde[459]. Es geht ihm darin primär um die Fundierung der Herrschaft im römischen Recht – »die Macht muß legibus ornata sein«[460] – unter der Führung der römisch-deutschen Kaiser als den legitimen Nachfolgern der Caesaren und die Charakterisierung des Reiches »als ein dem Sachenrecht unterworfener, vererbbarer Gegenstand«[461]. Diese Stellung impliziert ein neben der *consuetudo*, die hier schon als Schriftrechtssurrogat konstruiert ist[462], bestehendes Gesetzgebungsrecht. Diese Theorien sind vor allem Reaktion, Antwort auf einen als Anmaßung empfundenen Anspruch auf Unterordnung der kaiserlichen Gewalt unter die päpstliche.

Auf geistlicher Seite ist es, nachdem mit dem Traktat *De ordinando pontifice*[463], dem »ersten direkten Angriff auf das von den frühmittelalterlichen Herrschern be-

455 Von ›Zentralisierung‹ hat 1986 Stefan Weinfurter gesprochen (ders. – Die Zentralisierung der Herrschaftsgewalt im Reich durch Kaiser Heinrich II.), der allerdings zwischenzeitlich meint, daß der Begriff ›Zentralisierung‹ nicht geeignet ist, das Spezifische im Verhältnis von König und Adel am Beginn des 11. Jahrhunderts zu erfassen.

456 Zit. nach S. Weinfurter – Heinrich II. (1002–1024), S. 73 FN 93. Zu Egbert von Lüttich F. Brunhölzl – Geschichte der lateinischen Literatur des Mittelalters Bd. II, S. 297 ff.

457 T. Struve, a.a.O. S. 23.

458 Petrus Crassus, Defensio Heinrici regis, ed. I. Schmale-Ott, S. 174/175 ff.

459 T. Struve, a.a.O. S. 46.

460 A. Dempf – Sacrum Imperium, S. 195.

461 A.a.O. S. 53.

462 »*Unde fit, ut consuetudo, quam legislator commendat, legum vicem in iudiciali amplectatur causa.*« Petrus Crassus, a.a.O. S. 204. Dazu H.H. Kortüm – Necessitas temporis, S. 46.

463 I. Schmale-Ott, a.a.O. S. 6 ff.

anspruchte Gottesgnadentum«[464], die Streitschriftenliteratur eröffnet wurde, der Paukenschlag des *Dictatus papae* GREGORS VII.[465], der neue Akzente in der Gesetzgebungstheorie setzt mit seinem unmißverständlichen Alleinanspruch zur »Gesetzgebungsmacht aus göttlichem Recht«[466] für den Nachfolger PETRI: »*Quod illi soli licet pro temporis necessitate novas leges condere* [...]«[467]. GREGOR geht dabei so weit, die *consuetudo* zu desavouieren und gegen diese die Wahrheit auszuspielen: »Wie ein Blitz- und Donnerschlag beleuchtete der Dictatus Papae Gregors VII. (Hildebrand) im Jahre 1075 den von der Kirche beschrittenen Weg aus der Gewohnheit hin zur papalistisch verstandenen Wahrheit«[468]. Der in dieser Schärfe gestellte Anspruch war seiner Zeit voraus, und die Delegitimierung von Gewohnheit als Recht wurde übrigens nicht vom *Decretum Gratiani* rezipiert – im Gegenteil entwickelte das kanonische Recht eine elaborierte Gewohnheitsrechtstheorie[469]. Die zitierten Beispiele sind Zeugen einer Veränderung nicht nur des Rechts, sondern eines grundlegenden Wandels im Begriff vom Recht, die im Rahmen der vielschichtigen Umbrüche des 11. Jahrhunderts zu sehen ist, jener »Revolution, die auf einer analytischen Schärfung und damit Modernisierung des Denkens beruhte«[470] und so ziemlich alle Lebensbereiche erfaßt hat. Auf lange Sicht ist es ein geändertes Verhältnis zur Zukunft, wodurch sich für das Recht die Möglichkeit auftut, zum Gestaltungsinstrument zu mutieren: »In Schüben wird sich diese Bewegung verstärken, im Abendland bis zur endlichen Verachtung der Vergangenheit und zur Verlagerung alles Positiven nach vorn in Gegenwart und Zukunft. Die Vergangen-

---

464 B. Töpfer – Urzustand und Sündenfall in der mittelalterlichen Gesellschafts- und Staatstheorie, S. 123.

465 S. Weinfurter – Canossa, S. 106 ff.

466 G. Dilcher – Der mittelalterliche Kaisergedanke als Rechtslegitimation, S. 159; S. Weinfurter – Canossa, S. 107.

467 Gregorii VII Registrum, ed. E. Caspar, II, 55a *(Dictatus papae)* c. 7 (»Daß es allein ihm [dem Papst] erlaubt ist, neue Gesetze aufzustellen [...]« Gregor VII., Ausgewählte Briefe, ed. F.-J. Schmale, S. 148/149). »Der Papst ist zum ›legum conditor‹ geworden, und zwar zum alleinigen.« Wie in der Reaktion der kaiserlichen Seite gilt, »daß hier das Modell des spätrömischen Imperators in die Theorie von der Rechtsveränderung einbricht. Entsprechend dem ›princeps‹ als alleinigem ›legum conditor‹ (nach der ›lex regia‹) wird der Papst zum ›princeps‹ und ›legum conditor‹ der Kirche.« H.M. Klinkenberg – Die Theorie der Veränderbarkeit des Rechts im frühen und hohen Mittelalter, S. 174. Zum Hintergrund G. Tellenbach – Libertas.

468 J. Weitzel – Versuch über Normstrukturen und Rechtsbewußtsein im mittelalterlichen Okzident (450–1100), S. 392; »Gregor wiederholt des Libosus von Vaga Satz, Christus habe gesagt, er sei die Wahrheit, nicht etwa die Gewohnheit.« H.M. Klinkenberg – Homo faber mentalis, S. 260.

469 R. Garré – Consuetudo, S. 84 ff.

470 G. Dilcher – Warum mittelalterliche Rechtsgeschichte heute?, S. 11.

heit verliert ihren normativen Charakter. Die Gegenwart emanzipiert sich von ihr und befreit sich zur freien Setzung der Zukunft«[471]. Das alles geschieht nicht sofort im Bewußtsein, Recht könne nach Belieben geschaffen und geändert werden, sondern – selbst in der bestimmt nicht zurückhaltend gemeinten Formulierung GREGORS VII. – gewissermaßen durch die Hintertür, nämlich unter dem Vorbehalt der *necessitas temporis*, also dem Zwang, Recht dürfe nur nach Maßgabe der sich wandelnden Zeiten verändert werden: »*Ex necessitate fit mutatio legis*«[472]. Dieser Begriff wird noch lange Gesetzgebungstheorie wie -praxis begleiten[473].

In der Praxis ist freilich nicht jedes in der Nachfolge der römischen Kaiser *regia auctoritate* erlassene Gesetz auch Gesetz im modernen Verständnis. Besonders skeptisch ist WILHELM EBEL: »Sehen wir indes nicht auf die Theorie, und machen wir eine Bestandsaufnahme der mittelalterlichen deutschen Gesetzgebung nach ihrer Wirklichkeit, so bleibt von der gesetzgebenden Gewalt des Königs fast nichts übrig«[474]. Man muß erstens mit »Tarnformen«[475] rechnen, zweitens verbindet sich nicht mit jedem ›Gesetz‹ auch der Anspruch auf normative Neuerung[476] und drittens besteht – wie in der ›Gesetzgebungstheorie‹ reflektiert – dann, wenn Neuerungsabsicht hinter dem Gesetzgebungsakt steht, der zwingende Vorbehalt der *necessitas*.

### *Ermächtigung zur Rechtsanwendung*

»*Rechtsanwendung* ist die Anwendung genereller Rechtsnormen auf konkrete Sachverhalte durch Subsumtion unter die in Betracht kommenden Rechtsregeln oder

---

471 H.M. Klinkenberg – Die Theorie der Veränderbarkeit des Rechts im frühen und hohen Mittelalter, S. 171.

472 Ivo von Chartres, PL 161, p. 57 A; vgl. A. Wolf – Gesetzgebung in Europa 1100–1500, S. 43. Zum Begriff H.H. Kortüm – Necessitas temporis.

473 Dazu ausführlich J.W. Pichler – Necessitas.

474 W. Ebel – Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, S. 45; weiter unten im Text: »Die für den König gegebenen Wege waren, entweder ein Weistum herbeizuführen oder vertraglich begründetes Satzungsrecht zu schaffen. Auch in seinen letzten Jahrhunderten ist das Reich über eine Gesetzgebung dieser Art nicht hinausgekommen.«

475 A. Wolf, a.a.O. u. W. Ebel, a.a.O., S. 29: Es ist »die Erscheinung bemerkenswert, daß die einzelnen geschichtlichen Gesetzgebungsakte sich nicht immer selbst als das ausgeben, was sie in Wirklichkeit sind […] Die äußere Gestalt entspricht dann nicht dem Inhalt. So kann etwa ein Reichsgesetz sich als von der Autorität und Majestät des Kaisers geboten bezeichnen, während es in Wahrheit eine ihm von den Fürsten abgerungene Vereinbarung ist.«

476 »Ein bedeutender Teil der Gesetze soll nur *Aufzeichnung des bestehenden Rechts* sein, dieses sammeln, bestätigen und *durch die Gesetzesform* sichern.« A. Wolf, a.a.O. S. 41.

durch Abwägung der jeweils relevanten Rechtsprinzipien«[477] – »Wo immer von Geltung oder Anwendung der germanischen Leges gesprochen wird, liegt die Vorstellung zugrunde, daß ein Gericht einen Sachverhalt einem Rechtssatz der Lex zuordnet und zu der dort ausgesprochenen Rechtsfolge verurteilt«[478].

Die Vorstellung einer ›Anwendung‹ von Normen auf Sachverhalte i.d.S. liegt im Früh- und Hochmittelalter nördlich der Alpen ganz außerhalb des Erfahrungshorizonts[479]. Der Gegensatz von Norm und Normsatz führt hier nicht weiter, denn es gab in Texten abgespeicherte Normsätze, auf die zwecks Anwendung hätte zurückgegriffen werden können, nur ausnahmsweise[480]; das Gros der normativen Überzeugungen ist in den Gewohnheiten, also einer Art kollektiver Erinnerung, gespeichert, mehr noch in unwidersprochen geübter Praxis; es ginge also eher um das Begriffspaar ›Norm – Normerinnerung‹ als um den Gegensatz ›Norm – Normsatz‹ (wenn auch beide den Grundstoff für eine rechtspositivistische Theorie abgeben könnten); ein beträchtlicher Unterschied bleibt: Die Erinnerung muß nicht die Konkretion eines explizit formulierten Gebots- oder Verbotssatzes annehmen, denn wer einer Gewohnheit folgt, formuliert nicht parallel dazu einen Normsatz, dem er dann sein Handeln subsumiert, sondern er handelt einfach. Normsätze bzw. Normformulierungen darf man erst im Konfliktfall erwarten, und auch das nur dann, wenn es zu streitigem Argumentieren um Recht und Rechtspositionen kommt[481], was in einer Welt der legitimen Selbsthilfe ja nicht unbedingt der Fall zu sein braucht. Gerade an diesem Punkt zeigt sich, daß im Bewußtsein der Zeit nur konkrete Ansprüche kollidieren, konkrete Handlungen als rechtswidrig bezeichnet werden und nicht mit abstrakten Rechtssätzen gegeneinander argumentiert wird, denen der Einzelfall dann zu unterlegen ist oder eben nicht. Für Normanwendung

---

477 P. Koller – Theorie des Rechts, S. 187.

478 C. Schott – Zur Geltung der Lex Alamannorum, S. 86.

479 Hinzuweisen ist auf »die höchst unterschiedliche Bedeutung der lex scripta im Bereich des langobardischen, aber auch des westgotischen und burgundischen Rechts einerseits, des fränkischen und der sonstigen germanischen Rechte nördlich der Alpen andererseits [...] Die erste Gruppe steht unmittelbar in der Nachfolge der antiken römischen Rechtsvorstellung. [...] Das Gesetz ist Rechtsbefehl, das Urteil Anwendung des Rechtsbefehls im konkreten Fall. Das Subsumtionsmodell überlebt in Italien und in Südfrankreich trotz des späteren fränkischen Einflusses in diesen Gebieten.« J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 335. Für die Verhältnisse im frühmittelalterlichen Spanien siehe weiter unten; hier lebt der Gebrauch des Schriftrechts nachweislich nicht in der Weise des Subsumtionsmodells fort.

480 Diese Lesart der *leges barbarorum* vertritt R. Kottje – Die Lex Baiuvariorum.

481 Nicht übersehen werden darf, daß sich mittelalterliche Argumentationstechnik und -logik z.T. erheblich von der modernen unterschieden haben wird. Man wird für die Argumentation im und um Recht ähnliche Divergenzen erwarten dürfen, wie sie Gerd Althoff im politischen Kontext nachgezeichnet hat; vgl. ders. – Das argumentative Gedächtnis, S. 130 f.

gibt es weder im täglichen Leben, noch im Herrschaftshandeln, noch vor Gericht einen Platz. Damit erübrigt sich die Konstruktion, Recht beruhe hier auf der durch Normen regulierten Ermächtigung zur Anwendung von Rechtsnormen. Die Ermächtigung kann entfallen, weil schon die Anwendung nicht stattfindet[482].

Vereinzelte Beispiele können hier – wenn sie isoliert betrachtet werden – den gegenteiligen Eindruck erwecken. Greifen wir beispielshalber auf das oben angesprochene *Frankfurter Kapitular* und seine Bestimmungen zurück. Wer diese unvoreingenommen liest, meint juristische Normsätze mit klarer Gliederung in Tatbestand (Verbotsnorm), Sanktion und besondere Rechtsfolge vor sich zu haben:

> »Es darf keine Vergewaltigung von Jungfrauen und Witwen noch Frauenraub durch irgendwelche Menschen geschehen; und wer sie raubt unter dem Vorwand gemeinsamen Wohnens, sowie die Helfershelfer und Begünstiger der Frauenräuber sollen, wenn es Geistliche sind, ihren Stand verlieren, wenn es aber Laien sind, exkommuniziert werden; und die Frauenräuber sollen für immer ohne Hoffnung auf eine Ehe bleiben.«[483]

Es ist alles vorhanden, was man von einer Rechtsregel, einer bedingten Rechtsnorm, erwarten darf und was das subsumtionsgewohnte Juristenherz begehrt: ein Tatbestand, ausgedrückt durch eine Verbotsnorm, eine Sanktion (kasuistisch differenzierend zwischen »Exkommunikation« bzw. »Verlust des geistlichen Standes«), Bestimmungen über Beitragstäter und mit der Eheunfähigkeit sogar eine besondere Rechtsfolge.

Was auffällt, ist, daß die angedrohte Sanktion der Exkommunikation eine rein geistliche ist; das ist jedoch nicht verwunderlich, wenn man erkennt, daß die Bestimmung eine Montage darstellt aus diversen Sätzen des kanonischen Rechts, deren erster Teil übrigens später fast wortwörtlich im *Decretum Gratiani* wiederkehrt[484]. Warum erläßt der König in diesem gewalttätigen Zusammenhang ausgerechnet Kirchenrechtsnormen? In der ganzen Bestimmung ist nichts über weltliche

482 C. Schott – Zur Geltung der Lex Alamannorum, S. 90.

483 Text und deutsche Übersetzung in Quellen zur deutschen Verfassungs-, Wirtschafts- und Sozialgeschichte bis 1250, ed. L. Wenrich, Nr. 10: »[…] *ne oppressio virginum aut viduarum vel raptus ab ullis hominibus; et ut qui rapiunt eas sub nomine simul habitandi, cooperantes et coniventes raptoribus, si quidem clerici sunt, decidant a gradu proprio, si vero laici, anathematizentur; et raptores sine spe coniugii perpetuo maneant. Quod si post haec iungere se* presumpserint, *utrique anathematizentur.*«

484 »*Eos, qui rapiunt puellas siue mulieres sub nomine simul habitandi, cooperantes, aut conniuentes raptoribus, decreuit sancta sinodus, ut, si quidem clerici sunt, decidant gradu proprio; si uero laici, anathematizentur.*« Decreti Gratiani Pars Secunda, C. 36 q. 2 c. 1 (Elektronische Edition der Edition E. Friedbergs 1879 ›http://mdz.bib-bvb.de/digbib/gratian/text‹).

Sanktionen oder über Schadensausgleich gesagt, wie sie vordem reichhaltig in den *leges* zu finden sind[485]. Man muß sich den Inhalt also mindestens um unausgesprochene gewohnheitsrechtliche Schadensausgleichsregeln zwischen den betroffenen Parteien (Sippen) ergänzt denken. Die Bestimmung ist auch keine Transformation von ›kanonischem‹ Recht in ›staatliches‹ durch königlichen Spruch, wie die Wendung »*constitutum est* […] *a rege gloriosissimo Ottone*« vermuten lassen könnte, sondern Otto d. Gr. sah sich wohl genötigt, unter der Zustimmung auf breiter Basis (»*consentientibus episcopis, comitibus aliisque fidelibus compluribus*«) gegen die seit der Merowingerzeit herrührende und offenbar im 10. Jahrhundert noch immer nicht restlos überwundene Praxis der gewaltsamen Ehebegründung durch Entführung vorzugehen[486]. Es galt im Verbund mit der Kirche den Kampf gegen eine *mala consuetudo*, die da und dort noch gepflegt wurde, fortzuführen.

Die Bestimmungen sind weder Rechtsetzung – andernfalls wäre es ja, was anzunehmen absurd scheint, nach weltlichem Recht vor 951 erlaubt gewesen, Jungfrauen und Witwen zu vergewaltigen oder Frauen zu rauben – noch Kodifikation, dafür fehlt es an jeder Spur von Systematik, noch war die Bestimmung überhaupt dazu da, als gesatzte Norm im Verbund mit vielen weiteren derartigen Normen ›angewendet‹ zu werden. Dazu ist die Normproduktion bzw. Normkodifizierung im 10. Jahrhundert viel zu dürftig, das *Frankfurter Kapitular* steht, abgesehen von den schriftlichen Normfixierungen der Synoden (z.B. Hohenaltheim 916, Ingelheim 948 oder Augsburg 952) bis zum Kapitular Ottos III. gegen die Entfremdung von Hörigen Ende des Jahrhunderts ganz einsam und isoliert da. Die Masse des Rechts ist nicht schriftlich fixiert.

Oralität der Rechtswelt schließt den – auch rechtserheblichen – Gebrauch von Schrift nicht gänzlich aus[487] – andernfalls hätten wir gar keine Kenntnis vom Recht im Früh- und Hochmittelalter – aber ausgeschlossen ist, daß das Recht sein inter-

---

485 H. Conrad – Deutsche Rechtsgeschichte Bd. I, S. 154 f.; F. Siegmund – Pactus Legis Salicae § 13.

486 H. Fichtenau – Lebensordnungen des 10. Jahrhunderts, S. 142. Von einem Fall von Frauenraub im Jahr 1014 berichtet Thietmar von Merseburg (Chronicon VII, 4, ed. W. Trillmich, S. 356/357 f.). Zum gewalttätigen Umfeld dieser Szene siehe T. Reuter – Unruhestiftung, Fehde, Rebellion, Widerstand, S. 306.

487 Hans-Werner Goetz bezeichnet deshalb das Mittelalter auch als »›skript-orale‹ Gesellschaft« (ders. – Die Vorstellungen von Recht und Gerechtigkeit in der Merowingischen Geschichtsschreibung, S. 93), und Gerhard Dilcher spricht im Zusammenhang mit dem Frühmittelalter von »komplexen Schichtungen von ›Volkskultur‹ und ›Hochkultur‹, von oraler Tradition und Schriftlichkeit« mit der Unterscheidung »einer hochkulturell geprägten ›Rechtsaufzeichnungssprache‹ und einer der Volkskultur zugehörigen, von Oralität geprägten ›Rechtsanwendungssprache‹« (G. Dilcher – Zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte der mittelalterlichen Rechtskultur, S. 611 f.).

pretatives und imperatives Zentrum in schriftlichen Texten hat; das wird trotz des viel umfangreicheren Gebrauchs von Schrift vor der Wende des 11. zum 12. Jahrhundert auch für das kanonische Recht anzunehmen sein[488]. Oralität ist jedoch nur ein Aspekt: es wird nicht bloß an die Stelle des nachschlagbaren Textes, der Normen verbürgt, die Unsicherheit des Zusammenhanges von Erinnern, Vergessen und Interpretieren gesetzt, sondern zusammen mit dem Fehlen des souverän-autoritären Durchsetzens von Drittentscheidungen muß für das Zeitalter überhaupt ein anderes Schema von Rechtlichkeit angenommen werden[489].

Beispiele für die Andersartigkeit rechtlicher Schematisierung von Konflikten bringt Hanna Vollrath in ihrer Analyse historiographischer Berichte über Auseinandersetzungen mit rechtlichem Hintergrund für die Ottonen- und Salierzeit[490]. Selbst bei Ausschluß jener Berichte, die entschieden parteinehmende Perspektiven vermitteln, zeigen ihrer Auffassung nach die übrigen, die *quasi* neutral Geschehenes referieren, etwa jener Hermanns von Reichenau von der reichenauer Abtwahl[491] im Jahr 1006, einen auffallenden Mangel an juristischer Abstraktionsfähig-

488 Von einer grundsätzlichen Schriftgebundenheit kann im Bereich des kanonischen Rechts selbst in Zeiten ausgegangen werden, in der das Statuieren neuer Normen zum Erliegen kommt, wie in der zweiten Hälfte des 10. Jahrhunderts. Ernst-Dieter Hehl verweist in diesem Zusammenhang auf eine gleichsam subkutane Schriftlichkeit in der Schicht rechtskundiger Helfer des Bischofs, in der die Kontinuität des Erlernens und Verbreitens schriftgebundenen Kirchenrechts zur vorangehenden karolingischen Epoche gewahrt bleibt (ders. – Die Synoden des ostfränkisch-deutschen und des westfränkischen Reichs im 10. Jahrhundert, S. 147 f.). Mit dem *Decretum Gratiani* setzt sich um 1140 das Paradigma der Schriftlichkeit durch, doch bezeichnenderweise findet sich dort eine reflektierte Theorie des nichtschriftlichen Gewohnheitsrechts, dem sogar grundsätzlich der Vorrang eingeräumt wird.

489 Vgl. G. Dilcher – Bildung, Konstanz und Wandel von Normen und Verfahren im Bereich mittelalterlicher Rechtsgewohnheit, S. 188 f.

490 H. Vollrath – Konfliktwahrnehmung und Konfliktdarstellung in erzählenden Quellen des 11. Jahrhunderts, bes. S. 290 ff.

491 Hermann von Reichenau, Chronicon, ed. R. Buchner, S. 656/657. Zum historischen Hintergrund jetzt S. Weinfurter – Heinrich II. (1002–1024), S. 181: »Ein weiteres Beispiel der Steuerung der Abterhebung durch Heinrich II. bietet das Kloster Reichenau. 1006 wählten dort die Mönche einen Abt, den Heinrich II. trotz der Wahlfreiheit, die das Kloster von Otto III. 998 erhalten hatte [MGH D O III, Nr. 279], ablehnte. Der König entschied sich vielmehr für Immo, den Abt von Gorze und Prüm, dem er die Leitung des Reichenauklosters übertrug. Nur so schien ihm die Durchsetzung der Benediktsregel und der von ihm gewünschten Ordnung gewährleistet zu sein. Die Reichenauer Mönche wehrten sich allerdings mit großer Erbitterung gegen das Unrecht, das ihnen aus ihrer Sicht angetan wurde. Immo wurde daher zwei Jahre später, 1008, vom König wegen zu großer Strenge wieder abberufen und durch Bern, einen Mönch aus Prüm, ersetzt. Der Konvent auf der Reichenau hatte damit zwar einen Teilerfolg errungen, aber Heinrich II. war dennoch von seinem Prinzip, die Abtswahl zu kontrollieren, nicht abgewichen.« Heinrich suspendiert also die Benediktsregel (freie Abtwahl), um eben jener Regel mit Hilfe

keit – als Mangel erscheint es zumindest einem modernen Rechtsverständnis. Bei jener Wahl standen einander das konkrete Recht der Mönchsgemeinde zur freien Abtwahl und das ebenso konkrete Recht des Königs zur Investitur des Abtes mit dem Kloster gegenüber. Beide Rechte rühren aus unterschiedlichen Rechtskreisen her, das der Mönche kommt aus dem kanonischen Recht (wurde obendrein von Kaiser OTTO III. kurz zuvor bestätigt) und ist als lokale Gewohnheit auch Bestandteil des *rechts*; das des Königs ist primär Ausdruck seiner Gebotsgewalt im Rahmen des notwendigen *regnare* und *ordinare* und ist ebenso zugleich als Teil der königlichen Kirchenherrschaft Bestandteil des *rechts*. Solange in derlei Situationen hinsichtlich der Person des künftigen Abtes Einvernehmen herrscht, berühren beide konkreten Rechte einander nicht: die Mönche wählen gemäß der Benediktsregel, der König investiert. Im Dissensfall werden die Rechte aber inkompatibel und es bedürfte zur Lösung des drohenden Konflikts der Heranziehung einer Kollisionsnorm, etwa einer Vorrangregel oder einer Regel-Ausnahme-Konstruktion, mindestens aber einer Abwägung der Rechte nach allgemeinen Grundsätzen; jedoch nichts davon geschieht offenbar, es heißt lediglich: »[…] so erlitt das vornehme Kloster als Strafe seiner Sünden einen schweren Verlust an großen Männern, Büchern und Kirchenschätzen«[492]. Es gab kein System, das Regeln bereitgestellt hätte, beide Rechte in allgemeiner Form ins Verhältnis zueinander zu bringen: »Wo beides kollidierte, gab es (noch) keine übergeordnete Rechtsnorm, nach der der Fall hätte entschieden werden können. Beide Rechte waren nicht in einer sie umfassenden Rechtsordnung verankert, sondern standen als Einzelberechtigungen nebeneinander. Einzelberechtigungen, die nicht unabhängig vom aktuellen Rechtsfall bestanden, sondern erst in diesem Wirklichkeit wurden«[493]. Das Beispiel demonstriert das Fehlen einer handhabbaren ›Rechtslogik‹ über das Konstatieren isolierter subjektiver Berechtigungen hinaus[494], denn als Subsumtionstechnik setzt diese vorangehende oder zumindest im Konfliktfall durchgeführte allgemeine Regelbildung und prinzipielle Überlegungen voraus. Zugleich illustriert es eine Eigenschaft mittelalterlichen Rechtsdenkens, die von Kennern der Materie immer wieder hervorgehoben wurde:

---

eines strengen Abts zum Durchbruch zu verhelfen. Siehe auch H. Hoffmann – Mönchskönig und rex idiota, S. 32 f.; H.L. Mikoletzky – Kaiser Heinrich II. und die Kirche, S. 45.

492 H. Vollrath – Konfliktwahrnehmung und Konfliktdarstellung in erzählenden Quellen des 11. Jahrhunderts a.a.O.: »[…] *nobile monasterium in magnis viris, libris et aecclesiae thesauris, grave, peccatis exigentibus, pertulit detrimentum.*«

493 H. Vollrath, a.a.O. S. 291 f.

494 Vgl. R. Schmidt-Wiegand – Recht und Gesetz im Spannungsfeld zwischen Schriftlichkeit und Mündlichkeit im Mittelalter, S. 150, die von einer gewissen ›Abstraktionsschwäche‹ als allgemeines Charakteristikum des Rechts der Legeszeit ausgeht. Vgl. W.J. Ong – Orality and Literacy, S. 52 f.

»Die Vorstellung von einem Rechtssystem, einer gedachten, vom Konkreten losgelösten, logisch in sich geschlossenen Ordnungswelt menschlicher Beziehungen und rechtlicher Begriffe war der Frühzeit überhaupt unmöglich und blieb es auch noch lange hin«[495]. Konsistenz im *recht* nach logischen Kriterien wurde weder erwartet noch gefordert, noch zwangsweise hergestellt, denn »weder die schriftlich fixierten *leges* noch das Recht, das allein in der Übung lebte, haben offenbar den Charakter einer abstrakt geltenden Normenordnung, [… vielmehr zeigt sich,] daß dem frühen deutschen Recht die Vorstellung einer Legalordnung, möge sie nun auf Gesetz oder auf Gewohnheitsrecht beruhen, fremd gewesen sein muß«[496]. Es gab keine Unterstellung des Einzelfalls unter allgemeine bedingte Normen, aus denen erst individuelle Normen und Entscheidungen abzuleiten gewesen wären; die Konkretisierung des Rechts (egal, ob nun *consuetudo*, *lex*, *mos* oder *êwa*[497]), die streng genommen gar keine war, denn es wurde die Ebene des Konkreten, des Einzelrechts ja nie verlassen, erfolgte allenfalls im Urteil: »Die *lex* oder *êwa* ist also zwar ›objektives‹ Recht, aber nicht abstrakte Norm, sondern *in concreto* gegebenes Urteil«[498] – das »Modell, nach welchem auch in der Rechtsgewohnheit Rechtsregel (Norm) und Einzelfall das Muster einer Rechtsordnung bilden, greift also nicht«[499].

Trotzdem ist die Rede von der ›Normanwendung‹ nicht unverbreitet, mitunter mit einer Konsequenz durchgehalten bis zur Selbstaufhebung. So leitet Warren Brown aus der Vielfalt der Termini für Rechtliches (*mos*, *ius*, *consuetudo*, *ritus*, *lex*, *usus* u.a.m.) mit ihrer teilweisen Austauschbarkeit – die im Rahmen der vorliegenden Arbeit eher als Indiz genommen wird, mit Schichten von Schichten rechtlicher Ordnungsbegriffe konfrontiert zu sein denn mit einem einheitlichen normbasierten Rechtsbegriff – gerade eben dieses ab, die Offenkundigkeit »of the norm's importance«[500], ja nachgerade sei dies die Selbstinterpretation der von ihm untersuchten Bayern gewesen: »Bavarian landowners saw themselves as governed by norms«[501], »[they] acted within a normative System«[502]. Die Fixierung auf das Paradigma ›Norm‹ läßt ihn natürlich die Frage nach deren Anwendung (»How norms were used«) in den Mittelpunkt rücken. Dabei zeigt sich dann überraschend,

495 W. Ebel – Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, S. 14.
496 K. Kroeschell – ›Rechtsfindung‹, S. 512.
497 Zum Begriff *êwa* R. Schmidt-Wiegand – Sprache, Recht, Rechtssprache bei den Franken und Alemannen vom 6. bis zum 8. Jahrhundert, S. 143 f.; dies. – Recht und êwa.
498 K. Kroeschell – Recht und Rechtsbegriff im 12. Jahrhundert, S. 322 FN 135.
499 G. Dilcher – Zur Theorie des Gewohnheitsrechts zwischen Alteuropa und Moderne, S. 69.
500 W. Brown – The Use of Norms in Disputes in Early Medieval Bavaria, S. 23.
501 A.a.O. S. 24.
502 A.a.O. S. 37.

daß diese ›Anwendung‹ im Prozeß (»dispute«) ganz fern davon ist, entscheidungsrelevante Regelung für den Einzelfall zu sein, vielmehr bilden die ›Normen‹ einen Fundus an Alternativen, »that Bavarians drew on flexibly and creatively according the needs of individual situations«[503]. Normen fungieren als »bargaining chips to help bring about a compromise settlement«, sie dienen als »tactical ressources« im zähen Aushandeln eines für beide Seiten akzeptablen Kompromisses. Das Normensystem entpuppt sich dabei als bloßes »framework«[504], dessen einzelne Elemente regelmäßig Verfremdungen und Manipulationen in dieser Art der Anwendung unterliegen. Browns ›Normen‹ bilden nicht die logische Basis für Entscheidungen, ihr Sinn liegt gerade nicht in der formalen Anwendung: »Although the norm did not determine the outcome of the case, the parties could not simply ignore it«[505]. Im Ergebnis haben wir etwas vor uns, das Jürgen Weitzel das *Zerbrechen des Rechts* im Dissens genannt hat, oder umgekehrt, die Notwendigkeit für die Streitparteien gemeinsam das Recht zu ›finden‹, das in der Zukunft auch trägt. Die strikte Berufung auf abstrakte Rechtsregeln, hätten sie denn zur Verfügung gestanden, würde jeden Vergleich vorab zunichte gemacht haben, der doch das Ziel sein mußte, sollte angesichts des Fehlens effektiver Rechtsdurchsetzung durch Dritte der Streit überhaupt ein Ende finden. Das Recht als Inbegriff einer schon vor dem Streit grundsätzlich geordneten Welt muß im Streit argumentativ aufgreifbar sein, es bietet Topoi unterschiedlichen Gewichts eher denn Normen und insgesamt eine plastische Masse, in der ›Recht‹ im Vergleich jedesmal wiedergewonnen wird.

In solcher Perspektive stellen auch die Bußkataloge der *leges* oder analoge Taxen als geübte Rechtsgewohnheiten – so sehr die überlieferte Form dies auch suggerieren mag – keine generellen Rechtsnormen dar, die der Subsumtion harren, sondern Verallgemeinerungen gewonnen aus so und so vielen Vergleichsverhandlungen[506], gleichsam ein aus Vergangenheit geronnenes Maßsystem, darin komprimiert die »Wertmaßstäbe der sozialen Ordnung«[507] zum Ausdruck kommen, aber in einer Art Gesamtbetrachtung aller sozialen Umstände[508] und nicht in isoliert wirtschaftlicher

503 A.a.O. S. 24.

504 A.a.O. S. 33.

505 A.a.O. S. 31

506 »Es ist zu vermuten, daß der institutionalisierte Bußprozeß sich an ältere Schiedsformen anlehnt und deren Erfahrungsvorrat nutzt.« C. Schott – Zur Geltung der Lex Alamannorum, S. 92.

507 R. Schmidt-Wiegand – Sprache, Recht, Rechtssprache bei Franken und Alemannen vom 6. bis zum 8. Jahrhundert, S. 147: »Die grammatische Interpretation der Verbindung von Wergeld- und Bußsätzen mit den Kennwörtern und -begriffen, den Bezeichnungen für die Freveltat (Mord, Totschlag oder Verwundung) legt die Wertmaßstäbe der sozialen Ordnung offen.«

508 »Die Höhe der Buße folgte mehr der Bewertung von Kränkung von (ständisch bestimmten) Ansehen

Perspektive etwa des modernen ›Schadenersatzrechts‹[509]. Sie sind insofern freilich Ergebnis eines Abstraktionsprozesses, der aber nicht umkehrbar ist i.S. einer präskriptiv verstandenen Subsumtionspflicht mit mechanisch ableitbarer Sentenz; es fehlt hier am *actus contrarius* zur Verallgemeinerung: die Bußkataloge bieten nicht mehr als eine Orientierungshilfe dafür, was angesichts des sozialen Ranges der Beteiligten ein gerechter Vergleich zum Inhalt haben könnte[510], sie sind ihrem Charakter nach ein den Parteien unterbreiteter »Vorschlag«[511]. Das Gericht übt – entsprechend der oben beschrieben spärlichen Ausbildung öffentlicher Gewalt – auf der materiellen Grundlage dieser dinggenossenschaftlich artikulierten ›Vorschläge‹ nur zusätzlichen formalen sozialen Druck aus, diesen Vergleich auch tatsächlich zu schließen und hernach daran sich zu halten. Die Rede von Normen geht unbeabsichtigt, aber in der Sache unvermeidlich, mit der Auflösung des semantischen Kerngehalts dieses Begriffs einher, den man vom modernen Verständnis her erwarten muß; der Gebrauch des Normbegriffs wird in der fremden Welt des Mittelalters darum ganz atypisch bzw. untechnisch und sollte besser vermieden werden.

Interessanterweise liefert auch die spanische Forschung Hinweise auf derartig atypischen Normgebrauch, und zwar – was die Sache bedeutsam macht – im Bereich eines noch aus der Spätantike herrührenden Umgangs mit Schriftrecht. Es wird allgemein angenommen, daß in den stärker romanisierten Gebieten (Oberitalien, Südfrankreich, Spanien) der nach Schriftrecht urteilende und demgemäß mit normativ geltenden Rechtstexten ausgestattete Einzelrichter verbreitet gewesen ist[512] und daß

---

und Ehre, als der Höhe des materiellen Schadens.« G. Dilcher – Die Zwangesgewalt und der Rechtsbegriff vorstaatlicher Ordnungen im Mittelalter, S. 130.

509 Vgl. G. Dilcher – Zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte der mittelalterlichen Rechtskultur, S. 629.

510 Die »als Buße zu leistenden Schillingsbeträge […] gelten uns auch nur als ›Richtwerte‹ dafür, was man der Sippe eines Erschlagenen oder dem Verletzten selbst als Ausgleich für die Tat anbieten konnte, ohne daß die eine oder andere Partei dabei ›das Gesicht verloren‹ hätte. Insofern sind die Bußsysteme ein ›Vorschlag‹, den der Normtext den Parteien unterbreitet, und dem sie folgen können oder auch nicht.« J. Weitzel – ›Relatives Recht‹ und ›unvollkommene Rechtsgeltung‹ im westlichen Mittelalter, S. 49; vgl. H. Vollrath – Probleme um die Landfrieden, S. 21.

511 J. Weitzel, a.a.O.

512 »Für das Mittelalter ist also […] in Europa von zwei großräumigen unterschiedlichen Rechtskonzeptionen auszugehen: dem Gebiet einer grundsätzlich schriftlichen und in Kategorien der Schrifterfahrung denkenden Rechtskultur und dem Gebiet einer grundsätzlich in der Mündlichkeit ruhenden Rechtskultur. […] Für das weltliche Recht ist die Unterscheidung zwischen dem südfranzösischen Schriftrecht und den nordfranzösischen *coutumes* allgemein bekannt.« J. Weitzel – Die Konstituierung der Gemeinde aus der Rechtstheorie, S. 168; dem schriftrechtskundigen ›Süden‹ wird neben Südfrankreich auch Spanien und Oberitalien zugerechnet; siehe auch ders. – Die Bedeutung der Dinggenossenschaft

Spuren davon in der Fortführung westgotischer Tradition im 8. bis 11. Jahrhundert in den christlichen Königreichen Nordspaniens zu finden sind.

Die besondere Situation, in die die Iberische Halbinsel mit der arabisch-berberischen *conquista* im Jahr 711 geraten ist – ein so dominantes Ereignis, daß die Identitätsfindung des asturisch-leonesischen Königreichs wie der Pyrenäenherrschaften in der *reconquista* begrifflich stets an die traumatische Erfahrung rückgebunden blieb –, war nicht ohne Auswirkung auf das Rechtsleben. Wenn davon auszugehen ist, daß im Westgotenreich die germanischen Elemente schon wegen des zahlenmäßigen Verhältnisses zwischen Eroberern und unterworfener Bevölkerung zugunsten der romanischen in den Hintergrund traten, daß somit, was für die Sprache gilt, nämlich das Überleben nur weniger Worte gotischen Ursprungs (wie etwa *el ganso* oder *el queso*) im Spanischen, auch für die Rechtskultur eine ähnliche Dominanz antik-römischer Formen erwarten läßt, dann hat Schriftrecht mit dem *Breviarium Alaricianum*[513] und dem *Liber Iudicorum*[514], jener von König REKKESWINTH promulgierten »von der Schriftlichkeit und vielen antiken Einflüssen geprägten«[515] *Lex Visigothorum*, eine Kontinuitätsbasis für die Anwendung von Schriftrecht ins Mittelalter hinein, die eigentlich nur durch das Ausmaß der Erschütterung des Rechtslebens durch die arabische Eroberung in Frage gestellt wird: die elaboriertere Form des Rechts – und das ist auch in ihrer vulgarisierten Gestalt die römische – hätte sich gegenüber germanischen Rechtsbräuchen durchgesetzt und was davon im Mittelalter blieb, hinge allein vom Umfang ab, in dem es gelungen ist, Verwaltung und Rechtsprechung in den neuentstandenen Königreichen Nordspaniens fortzuführen. Die Beurteilung dieser möglichen Anknüpfung mittelalterlicher Rechtspraxis an die Rechtsbücher hat in der Forschung zu divergenten Positionen geführt: Wie schon der Streit um die Frage, ob das westgotische Schriftrecht nach dem Personalitäts- oder dem Territorialitätsprinzip organisiert war, keine einheitliche Auffassung hervorgebracht hat, wird einmal von einer ungebrochenen Judikatur *secundum librum* ausgegangen, das anderemal von einem Überleben und Wiedererstarken germanisch-dinggenossenschaftlicher Rechtspraxis oder gar von präromanischen Bräuchen der Rechtsfindung und Streitbeilegung[516]. Unbestritten aufklärungsbedürftig bleibt die gut belegte Existenz

für die Herrschaftsordnung, S. 353, bzw. ders. – Dinggenossenschaft und Recht, S. 334, 338 bzw. 478.

513 Allg. zu den westgotischen Rechten C. Schott – Der Stand der Leges-Forschung, S. 32 ff.; zum *Breviarium Alaricianum* (= *Lex Romana Visigothorum*) siehe H. Nehlsen – Alarich II. als Gesetzgeber.

514 Zum *Liber Iudicorum* (= *Lex Visigothorum*) siehe H. Nehlesn – Zur Aktualität und Effektivität germanischer Rechtsaufzeichnungen, S. 484 ff.

515 H. Siems – Adsimilare, S. 151.

516 Dazu José Antonio Escudero, der beide Problembereiche verknüpft sieht: »Hubiera o no divorcio entre

der Neubildung von Rechtsgewohnheiten ebenso wie das Wiederauftauchen von Phänomenen wie der Blutrache, des Eides im Gerichtsverfahren, also Zeugnissen, wie sie von nichtromanisiertem Boden her vertraut sind. Auch im Wandel der Gesellschaftsstrukturen gibt es in Spanien dem Norden vergleichbare Entwicklungen, wie in der Entstehung von Grundherrschaft, freilich auch deutliche Differenzen, so das Weiterbestehen einer freien Bauernschaft in erheblichem Umfang, und – wenn man Claudio Sánchez-Albornoz folgt – die Abwesenheit einer Feudalstruktur im technisch-juristischen Sinn[517].

Als Hauptursache für die genannten Phänomene kommt eine erhebliche Bevölkerungsverschiebung in Betracht, die unter dem Titel *despoblación – repoblación* diskutiert wird und sich auf das weitläufige Gebiet des Duerobeckens bezieht, das generationenlang eine Art Niemandsland zwischen dem Emirat von Cordoba *(al-andalus)* und dem asturischen Königreich gebildet hat[518]. Die Erstarkung dieses christlichen Reiches, sinnfällig durch die Verlegung der Hauptstadt von Oviedo nach León und Plünderungszüge tief ins arabisch besetzte Gebiet[519], war begleitet von systematischen Wiederbesiedelungen des leeren Raumes und damit einhergehend der Schaffung neuer öffentlicher wie privater Rechtsstrukturen. Neben der *tesis germanista*, der Annahme des Fortlebens westgotischen Gewohnheitsrechts, kommt damit eine zweite Entstehungsweise für die nachweisbaren Rechtsgewohnheiten abseits des Schriftrechts ins Blickfeld, nämlich die spontane und genuine Entstehung solchen Rechts aus den Bedürfnissen der Umstände heraus: »Allí donde no existe un texto jurídico de implantación general y reconocida, el derecho surge como creación espontánea de la sociedad misma«[520].

Letztere Vorstellung zöge eine Unterscheidung zwischen *Form* der Rechtsfindung bzw. Streitbeilegung und *Inhalt* der Rechtsgewohnheiten nach sich: Die Form wäre

---

la legislación romanizada del *Liber Iudicorum* y las costumbres jurídicas visigodas, es claro que cuanto más se constate la vigencia de aquel código en la etapa inicial de la Reconquista, la desaparición del *Liber* nos llevaría a un presumible fortalecimiento de otras raíces, germánicas o preromanas, en ese controvertido derecho de los siglos XI y XII.« J.A. Escudero – Curso de Historia del Derecho, S. 401.

517 Dem Diktum des Altmeisters, »España no tuvo feudalismo ni burguesía«, stehen breite Abhandlungen gegenüber, die von einer *sociedad feudal* oder von einem *edad feudal* ausgehen; indes dürfte der Widerspruch ein scheinbarer sein und auf die höchst unterschiedliche Verwendungsweise das Ausdrucks ›feudal‹ zurückzuführen sein, der einmal ein persönlich-rechtliches Band zwischen Herrn und Vasall meint, zugleich aber auch zur Kennzeichnung einer bestimmten Wirtschaftsweise verwendet wird, die von der Spätantike bis zur französischen Revolution gedauert habe.

518 Siehe dazu die Detailuntersuchung E. Pastor Díaz de Garayo – Castilla en el tránsito de la antigüedad al feudalismo.

519 Einen Überblick über die wechselvolle Geschichte bietet rezent R. Collins – The Spanish Kingdoms.

520 J.A. Escudero, a.a.O. S. 405.

wegen der Abwesenheit einer dem Römer- bzw. Gotenreich vergleichbaren effektiven staatlichen Organisation mit Instrumenten der Rechtsdurchsetzung und Ansätzen von Gewaltmonopol einer Wiederanpassung an Praktiken oraler Rechtskultur unterlegen, z.B. durch Stärkung von Mechanismen, die neben dem Schriftrecht weiterexistiert haben mögen. Beim normativen Inhalt handelt es sich um eine Transformation des *Liber* in *consuetudo* samt adaptiver Prozesse, die die neue Lage erfordert hat.

Dort, wo ein differenzierteres Bild gezeichnet wird, wird an der Stelle der Alternativen »romanisches Schriftrecht« *versus* »fortlebendes Germanenrecht« oder »präromanische Traditionen« eine zonale Teilung angenommen[521]: unterschieden werden danach Gebiete, die Schriftrecht anwenden, von solchen, die Gewohnheitsrecht ausbilden und in sog. *fazañas* tradieren[522], d.s. vom Einzelfall nicht abstrahierende Zusammenfassungen richterlicher Entscheidungen, bzw. drittens Gebiete, deren Recht durch *fueros*, die teilweise aus den *fazañas* hervorgegangen Rechtsgewohnheiten auf höherer Abstraktionsstufe darstellen, geregelt wird. Während *fazañas* und *fueros* vorwiegend in den wiederbesiedelten Regionen anzutreffen sind, findet sich Rekurs auf das Schriftrecht des *Liber Iudicorum* explizit in Cataluña, im Raum von Toledo und in León, hier vermittelt durch ins christliche Reich geflüchtete *mozárabes*[523].

In León nun finden sich die angesprochenen Formen atypischen Normgebrauchs. Abgesehen von einer allgemeinen Skepsis, ob die überlieferten Allussionen an das Schriftrecht ein korrektes Bild von der Rechtspraxis wiedergeben und der Einschätzung, im Mittelalter habe es nur noch ein »conocimiento confuso de ese derecho«[524] gegeben, zeigen die Beispiele, die von José María Mínguez herausgearbeitet wurden[525], einen Umgang mit dem Normenmaterial, der eine gewisse Verwandtschaft mit den Beobachtungen Warren Browns zum Recht der Baiern nicht verleugnen kann. Unter den Privaturkunden aus dem León des 9. bis 11. Jahrhunderts, finden

521 J.A. Escudero, a.a.O. S. 402 ff.

522 »La sentencia conforme al libre albedrío da lugar en Castilla y otros territorios a la llamada *fazaña*. El juez puede crear el derecho en el sentido de decidir a su arbitrio en un caso determinado qué es lo justo, o al interpretar una costumbre controvertida por los litigantes. […] Las *fazañas* reflejan, como no podía ser menos, el arcaísmo y la simplicidad de un mundo jurídico rudimentario.« A.a.O. S. 405 f. Zu hinterfragen wird in diesem Zusammenhang der unterstellte Freiraum für den Richter sein, nach seinem Belieben zu urteilen. Wenn das gerichtliche Verfahren nach seiner Reoralisierung archaischere Züge angenommen hat als zuvor, wird u.U. auch mit differenzierteren Formen der Rechts- und Urteilsfindung zu rechnen sein.

523 A.a.O. S. 402.

524 A.a.O. S. 404.

525 J.M. Mínguez – Justicia y poder en el marco de la feudalización de la sociedad leonesa; siehe zum Umfeld auch ders. – Las sociedades feudales.

sich neben zahlreichen Kauf-, Schenkungs- und Tauschverträgen auch ›Urteilserfüllungsverträge‹, die auf einen vorangegangenen Prozeß verweisen. Alle genannten Verträge versprechen typischerweise die Übertragung von Eigentum an Grund und Boden und dazugehörigen Rechten, die Urteilserfüllungsverträge nennen zudem den zugefügten Schaden oder das begangene Delikt und schildern teilweise den Prozeß. In den Urkunden spiegelt sich die Praxis ökonomischer Kompensationsleistungen als System der Streitbeilegung[526]. Die kompensationsauslösenden »Delikte« entsprechen dem gewohnten frühmittelalterlichen Katalog von Totschlag, Verstümmelung, Diebstahl, Ehebruch etc. in einer Typologie, die derjenigen des *Liber Iudicorum* korrespondiert[527]. Fallweise entgegentretende Wendungen wie »*sicut lex decet*«[528] oder »*fuimus ad librum*«[529] oder die Bezugnahme auf eine »*lex codorum*«[530] werden als Beleg für den Rekurs auf das Schriftrecht der Westgoten im Verfahren genommen[531]. Die im *Liber* zu den einzelnen Stichworten vorfindlichen Normen – klassische Normsätze mit Tatbestand, Sanktion etc. – werden jedoch nicht im strikten Sinn ›angewendet‹[532]. Es wird zwar an das System der ›Tatbestände‹ angeknüpft, die jeweils vorgesehenen Rechtsfolgen werden aber nicht verhängt, sondern an die Stelle exemplarischer Strafen wie Versklavung[533] oder Stockschläge tritt ausnahmslos das System ökonomischen Schadensausgleichs[534]. Die Referenz auf die schriftliche Norm hat lediglich den Zweck – nicht etwa den Unrechtsgehalt zu begründen, der ohnedies außer Frage steht – sondern die Schwere der Buße bis hin zum Verlust des gesamten Eigentums argumentativ zu rechtfertigen[535]. An die Stelle des physischen

---

526 J.M. Mínguez – Justicia y poder en el marco de la feudalización de la sociedad leonesa, S. 529.

527 A.a.O.

528 J.A. Escudero, a.a.O. S. 403.

529 Colección documental del archivo de la catedral de León (775–1230), Bd. III, doc. 561; zum Kontext J.M. Mínguez, a.a.O. S. 531.

530 Colección, a.a.O. doc. 872; J.M. Mínguez, a.a.O. S. 532 FN 37.

531 Vgl. H. Nehlsen – Zur Aktualität und Effektivität germanischer Rechtsaufzeichnungen, S. 496f.

532 Jedenfalls nicht i.S. einer logischen Subsumtion; faßt man den Begriff ›Anwendung‹, wie es zuweilen geschieht, weicher und weiter, so daß eine Norm nur irgendwie in die Entscheidung motivierend oder argumentativ eingeht, könnte auch der hier skizzierte *atypische Normgebrauch* als ›Anwendung‹ durchgehen. Siehe zur Problematik u.a. E. Bulygin – El concepto de vigencia en Alf Ross, S. 347.

533 Verlust der Freiheit ist z.B. die im *Liber Iudicorum* vorgesehene Sanktion für Ehebruch. J.M. Mínguez, a.a.O. S. 531.

534 »Es particularmente significativo que los jueces […] eludan sistemáticamente las penas previstas por el Derecho escrito y las conmuten siempre por la entrega de tierras.« A.a.O. S. 543f.

535 »La referencia a las disposiciones del Derecho escrito sólo sirve para justificar la fuerte compensación económica que se impone a la convicta […] la confiscación de todos los bienes territoriales que posee.« A.a.O. S. 532.

Todes tritt ein sozialer durch Entzug des Vermögens. Die Beispiele illustrieren einen Umgang mit Rechtsnormen, der diesen einen sinnvollen Platz inmitten des gewohnheitsrechtlichen Gefüges zuweist, nur nicht den, den Rechtsnormen normalerweise im modernen Recht haben: die Statuierung von Rechtsfolgen. Die Deutung, die José María Mínguez gestützt auf den Umstand, daß es auch zahlreiche Urteile in eigener Sache gibt, daß also die Eigentumsübertragung gerade dem Richter zugute kommt, den Phänomenen gibt, um den besonders ausbeuterischen Charakter und den Zynismus der damaligen ›Feudalgesellschaft‹ zu unterstreichen, ist jedoch nicht zwingend. Vor allem der wiederkehrende Hinweis auf intervenierende *homines boni* kann als Indiz für das Vorhandensein eines gerechtigkeitsstiftenden Korrektivs zur richterlichen Willkür genommen werden.

Ein abschließendes Beispiel für ›atypische Normanwendung‹ aus einem ganz anderen Rechtskreis bietet die Integration römischer Rechtssätze ins *Sendhandbuch* Reginos von Prüm aus dem Jahr 906. Harald Siems ist in seiner Untersuchung zur Bildung von Rechtsbegriffen bei Regino aufgefallen, daß dieser bei der Übernahme von Bestimmungen aus dem weltlichen Recht, die er nach dem Grundsatz *ecclesia vivit lege romana* dem urteilenden Priester an die Hand geben will, auf das Problem stößt, daß gewisse übernommene Normen wegen der Anordnung der Todesstrafe nicht strikt anwendbar waren[536]. Die Lösung des Problems besteht wiederum in einer formellen Anknüpfung an die Tatbestände bei gleichzeitiger Anpassung der Rechtsfolgen an die Bedürfnisse der eigenen juristischen Ordnung, im Falle Reginos die besondere Form geistlicher Bußgerichtsbarkeit: »Delikte, wie sie das römische Recht straft, werden deshalb in sein Werk aufgenommen, damit der Priester die Buße entsprechend dem Gesetz festsetzen kann, denn – so lautet die Begründung – die *canonica auctoritas* stimme mit der *lex Romana* überein. Offensichtlich dachte Regino nicht an eine unmittelbare Anwendung, sondern daran, daß die im Gesetz ausgedrückte Wertung in der Bußanordnung entsprechend christlichen Prinzipien konkretisiert werden soll. Im souveränen Umgang mit den Normen zeigt sich eine methodische Fähigkeit, zwischen Wortlaut und Wertentscheidung von Normen zu differenzieren«[537].

536 »Diese Sanktion paßte nicht zur Sendgerichtsbarkeit, denn wie kurz zuvor ausdrücklich bestimmt wurde, durften Kleriker kein Blut- oder Todesurteil fällen. Die fraglichen Breviertexte waren strenggenommen unbrauchbar, sie mußten erst anwendbar gemacht und ihre Aufnahme begründet werden.« H. Siems – In ordine posuimus, S. 77 f.

537 A.a.O. S. 78.

### (6) Legitimität als begriffliche Voraussetzung des Rechts

Die dritte definitorische Eigenschaft, die nach Peter Koller von einem Normensystem zu verlangen ist, um von Recht sprechen zu können, betrifft die Voraussetzung der *Legitimität* der Normen, d.h. die Unterscheidung von *rechtlicher* und *bloßer* Gewalt muß in irgendeiner Form in ›Überzeugungen‹ der Rechtsgemeinschaft sich niederschlagen[538]. Die Reflexionsebene, die von der Legitimität des Rechts *qua* positiv vorhandenem Recht handelt, wird man in unserem Untersuchungszeitraum freilich vergeblich suchen; etwas ist entweder *rechtens* oder *nicht rechtens*, je nach eingenommener Position, und diese Argumentation bewegt sich immer innerhalb des Rechts, das unhinterfragt vorausgesetzt wird. Grundfalsch wäre es aber, deshalb von einem *quasi* rechtlosen Zustand im Mittelalter auszugehen[539], es herrschte ein tiefes Bewußtsein rechtlicher Schranken für menschliches Handeln und dabei vor allem die Ausübung von Herrschaft[540]. Die Forderung nach Legitimität gilt darum weniger dem Recht als der Herrschaft, die mittels Instrumentalisierung von Recht ausgeübt wird, aber nicht von Herrschaft *in abstracto*, die ohnedies außer Frage stand, sondern der jeweils konkreten Anmaßung von Herrschaft und deren Umfang[541]. Herrschaftsgewalt grundsätzlich zu rechtfertigen ist Gegenstand umfangreichen Schrifttums, Legalität gegen Legitimität zu stellen, d.h. einen Akt als (positives) Recht zu qualifizieren und ihm dennoch zugleich die Legitimität abzusprechen, setzt ein noch nicht erreichtes Abstraktionsniveau voraus[542]. Ein solcher Akt ist schlicht

538 P. Koller – Theorie des Rechts, S. 40 f.

539 »Dem Recht kommt ausweislich tausender Quellenzeugnisse große Bedeutung und hohe Wertschätzung zu. […] Es gibt keine Vermutung für die ›Rechtlosigkeit des Mittelalters‹, und damit wird auch die Vorstellung eines kontinuierlich ›ursprünglich‹ rechtlose Verhältnisse der Normierung zuführenden Verrechtlichungsprozesses fragwürdig.« J. Weitzel – Versuch über Normstrukturen und Rechtsbewußtsein im mittelalterlichen Okzident (450–1100), S. 374; ders. – Gewohnheitsrecht und fränkisch-deutsches Gerichtsverfahren, S. 84.

540 Vgl. J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 87.

541 Mittelbar betrifft die Anerkennung und Legitimität von Herrschaft auch das Recht, wenn z.B. »die Sachsen ihre Huldigung […] von der Anerkennung ihres Stammesrechts durch den neuen nichtsächsischen Herrscher abhängig machten.« H. Appelt, zit. nach G. Dilcher – Zeitbewußtsein und Geschichtlichkeit im Bereich hochmittelalterlicher Rechtsgewohnheit, S. 43.

542 Eine berechtigte Frage ist natürlich, inwieweit man den Begriff der Legitimität schon verändert, wenn man ihn aus seinem Gegensatz zur Legalität und damit aus dem ›staatlichen‹ Hintergrund herauslöst; vgl. z.B. die Bemerkungen von Hasso Hofmann: Legitimität ist »die Rechtfertigung staatlicher Hoheitsakte und darüber hinaus die Rechtfertigung der staatlichen Herrschaftsordnung im ganzen aus einem einzigen, letzten und – jedenfalls dem Anspruch nach – allgemeinverbindlichen Prinzip. So verstanden ist das Problem der Legitimität oder der Legitimation, d.h. des reflektierten Aufweises

Unrecht, und die Legitimität eines solchen Urteils bezog ihr Maß – wie anderes Recht vielfach auch – aus Herkommen und Gewohnheit. Soviel gilt zumindest für die rechtliche Legitimität auf den Ebenen von *recht* und *Gebot (Befehl);* im Falle der *Willkür* tritt (theoretisch) das legitimierende Element der Selbstbindung und Selbstunterwerfung hinzu[543].

Mit der Legitimitätsproblematik von Herrschaft ist jedoch – womit die Strukturaufklärung sich ein Stück weiter treiben läßt – eine Ebene von Recht angesprochen, mit Berührungsflächen zu Politik und Religion, die dem Schema *recht* – Gebot – Willkür, mit dem ein Bild des Rechts gewissermaßen ›von unten her‹ gezeichnet wurde, nicht sich fügen will: angesprochen ist die Ebene der *Verfassung*, dort wo aus Politik und Macht (mindestens langfristig) Recht wird und zugleich Recht dem Politischen (zumindest kurzfristig) Bedingungen und Schranken vorgibt. Doch mit dem aus Aufklärung und konstitutioneller Beschränkung hervorgegangenen Begriff ›Verfassung‹ tut man sich schwer, denn es scheint »gerade die Zeit vom späten 9. bis ins 11. Jahrhundert eine historische Phase darzustellen, in der sich die politische Ordnung mit unseren verfassungsrechtlichen Kategorien nur unvollkommen beschreiben läßt«[544]. Für den Verfassungsbegriff sind also *mutatis mutandis* die gleichen Probleme zu erwarten wie für den Rechtsbegriff: moderne Kategorien taugen nur unvollkommen, weil sie für ganz anders geartete politische Verhältnisse entwickelt wurden, die Begriffe der Quellen vermögen allenfalls Spezialisten handzuhaben, und das geschieht nicht einheitlich, und eine Vermittlungsleistung zwischen modernem Verfassungsbegriff und mittelalterlicher politischer Welt ist trotz einer Unzahl aufgebrachter, kritisierter und wieder verworfener Vorschläge nach wie vor ausständig[545].

---

solcher letzten Verbindlichkeitsgründe staatlicher Herrschaft und ihrer Hoheitsakte ein Problem allein der Neuzeit, eine Grundfrage, die *so* erst mit der Heraufkunft des modernen Staates aus den sozialen und wirtschaftlichen Veränderungen des Spätmittelalters […] verbunden ist. Erst mit dem Staat der Neuzeit erscheinen […] ausformulierte Legitimitätsprinzipien […]« H. Hofmann – Legitimität und Rechtsgeltung, S. 11. Die Anwendung des Legitimitätsbegriffs auf vorneuzeitliche Verhältnisse könnte sich also als ähnlich problematisch erweisen wie die des Staats- oder Herrschaftsbegriffs.

543 Diese Legitimierungsform wirkt zunächst nur nach innen, d.h. etwa innerhalb der verschworenen Stadtgemeinde als Grundlage. Nach außen entfaltet sie, wie das Beispiel der Auseinandersetzung zwischen Kaiser Friedrich Barbarossa und den oberitalienischen Städten lehrt, diese Wirkung nicht, diese muß vielmehr faktisch durchgesetzt und gewaltsam behauptet werden. Vgl. G. Dilcher – Der mittelalterliche Kaisergedanke als Rechtslegitimation, S. 167.

544 H. Keller – Zum Charakter der ›Staatlichkeit‹ zwischen karolingischer Reichsreform und hochmittelalterlichem Herrschaftsausbau, S. 248.

545 Dabei wird die Unumgänglichkeit, sich moderner Begriffe zu bedienen, durchaus betont, z.B. von Reinhart Koselleck: »Meine These lautet, daß auch eine stringente, gerade eine stringente Begriffsgeschichte nicht ohne gegenwartsbezogene Definitionen auskommt. […] Eine quellensprachlich gebun-

Es gibt ein starkes traditionales Moment, das Verfassungsstrukturen auf Gewohnheiten ruhen läßt. Wenn man die Organisation des Königshofes dem ›materiellen‹ Verfassungsrecht zuordnet, dann ist dessen konkrete materielle Versorgung zeittypisch durch eine Vielzahl gewohnheitsmäßig fixierter Abgaben, nicht zuletzt auch zu Lasten kirchlicher Güter, geregelt, wofür in den Quellen der Terminus *consuetudo* Verwendung findet[546]; gleiches gilt für die Organisation der Streitbeilegung (Gericht) und die Balance der verschiedenen Herrschaftsrechte. Insofern kann man im Hinblick auf die materielle Grundlage von gewohnheitsmäßigen ›Verfassungsstrukturen‹ sprechen. In ideologischer Hinsicht finden sich dagegen andere, und zwar je mehr man sich der Herrschaftsspitze nähert, desto stärker begegnen theologisch begründete Rechtfertigungen. Um das Spezifische und Besondere der mittelalterlichen ›Verfassung‹ erkennen zu können, muß man einen Blick auf diese unabhängigen, sich nicht bloß auf Gewohnheit berufenden Rechtfertigungen für Herrschaft und Herrschaftsgewalt werfen[547]. Dabei stellen einen zentralen Themenkreis der Sündenfall und dessen Folgen dar, durch den Tod, Arbeit und Bosheit in die Welt gekommen sind und die Notwendigkeit, Instanzen der Friedenssicherung zwischen den Menschen zu schaffen. Der Sündenfall liefert eine Legitimationsbasis für Recht überhaupt oder besser, die Bewältigung der Folgen des Sündenfalls ermöglicht »das Recht postlapsarisch als eine *Notordnung* zu rechtfertigen«[548]. Fußend auf der Zwei-

---

dene Darstellung der Verfassungsgeschichte wird stumm, wenn die vergangenen Begriffe nicht übersetzt oder umschrieben werden.« (R. Koselleck – Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung, S. 13) oder Karl Kroeschell: »Es geht um die Frage, ob ein ›Reden in den Begriffen der zu verstehenden Epoche‹ geeignet ist, die Zeugnisse der Vergangenheit so zu vergegenwärtigen, daß sie verstanden werden können. […] Soll man polis, regnum oder imperium sagen, oder überall vom Staat sprechen? […] Eine aktualisierte ›Übersetzung‹ ist gewiß unentbehrlich, die Vermeidung der modernen Begriffe außerdem unmöglich.« (K. Kroeschell – Verfassungsgeschichte und Rechtsgeschichte des Mittelalters, S. 70.)

546 Siehe z.B. H. Hoffmann – König und Bischöfe in Frankreich und im Deutschen Reich 936–1060, S. 107, insbes. FN 109. Allg. dazu C. Brühl – Fodrum, Gistum, Servitium regis.

547 Bernd Schneidmüller spricht in einem vergleichbaren Zusammenhang von den »doppelten Fundamentierungen der mittelalterlichen Monarchie« (ders. – Zwischen Gott und den Getreuen, S. 223) und meint damit, daß für das rechte Verständnis der ›Verfassungsstrukturen‹ (Ordnungskonfigurationen) weder die Balance zwischen Königsgewalt und autogener Adelsherrschaft noch die politisch-theologische Komponente der sakralen Herrschaftsbegründung unterberücksichtigt bleiben darf: »Das Interesse der Forschung darf aber nicht beim bloßen Überbau, bei der Idee vom Priesterkönig *(rex et sacerdos),* stehenbleiben. Es muß politisch bleiben, sich um den Wirkverbund von Herrscher, Geistlichkeit und Adel zuwenden.« A.a.O. S. 209.

548 P. Landau – Der biblische Sündenfall und die Legitimität des Rechts, S. 204. Zum Hintergrund W. Stürner – Peccatum und Potestas, B. Töpfer – Urzustand und Sündenfall in der mittelalterlichen Gesellschafts- und Staatstheorie und schon G. Jellinek – Adam in der Staatslehre.

Reiche-Lehre des HL. AUGUSTINUS[549] wurde das Konzept v.a. durch ISIDOR VON SEVILLA verbreitet. Dieser betont, »daß auch die Knechtschaft als Institution gegenüber der ursprünglichen menschlichen Freiheit durch den Sündenfall legitimiert ist; da die Menschen die Freiheit nicht ertragen, beruht sogar die Einführung der Knechtschaft auf der Barmherzigkeit Gottes«[550]. Dieses relative Recht minderer Legitimität dient der Herstellung und Wahrung einer ebenso relativen *pax* (»die *pax iniquorum*, *iniqua*, *Babylonis*, *terrena*, die immer noch als ein Schatten, ein Schein von Frieden anzusehen ist, selbst so wie ihn Verschwörer, Gewaltmenschen, Räuber untereinander halten«[551]), eines in der Sphäre des Irdischen immer nur als brüchig zu denkenden Friedenszustandes.

Vornehmste dieser Instanzen zur Friedenswahrung ist der König[552] – »Die Gegenwart des Königs galt als Garantie für die Geltung von *iustitia* und *pax*«[553] – wobei das Zeitalter »in der *pax* die ethisch und politisch aufgefaßte Aufgabe des Herrschers [sah]: ihr Gegenstand war die *salus populi*«[554]. Dieser Gedanke verdichtet sich im 10. Jahrhundert parallel zur ›Entstaatlichung‹ des vorangehenden Karolingerreiches[555] geradezu zu einer blühenden *Herrschaftstheologie* der Königsgewalt, die ihren Kern in der Vorstellung der göttlichen Stiftung der Königsgewalt[556] und der Stellung des Kö-

549 »Augustinus kennt folglich weltliche Rechtsordnungen nur als Notordnungen nach dem Sündenfall, stets auch bei der Verfolgung bescheidener Ziele gefährdet durch die superbia der Machthaber […]« P. Landau, a.a.O. S. 207; zu Augustinus E. Bernheim – Mittelalterliche Zeitanschauungen in ihrem Einfluß auf Politik und Geschichtsschreibung.

550 P. Landau, a.a.O. S. 208; »Trotz der Skepsis gegenüber der Ordnungsfunktion der staatlichen Gewalt gilt deren Existenz ebenso wie das Aufkommen der Sklaverei als Ergebnis der göttlichen Vorsehung, denn beide Einrichtungen tragen mit ihren Zwängen zur Zügelung der sündigen Menschen bei.« B. Töpfer, a.a.O. S. 69; zu Isidor von Sevilla W. Stürner, a.a.O. S. 95 ff., u. B. Töpfer, a.a.O. S. 86 ff.

551 E. Bernheim – Mittelalterliche Zeitanschauungen in ihrem Einfluß auf Politik und Geschichtsschreibung, S. 31.

552 Zum König als Wahrer von *pax et iustitia* siehe H. Hattenhauer – Pax et iustitia; H.H. Anton – Fürstenspiegel und Herrscherethos in der Karolingerzeit, S. 409 ff.; R. Große – Der Friede in Frankreich bis zur Mitte des 12. Jahrhunderts, S. 78 ff.

553 Th. Zotz – Die Gegenwart des Königs, S. 350.

554 O. Engels – Ruotgers Vita Brunonis, S. 36.

555 H. Keller – Die Investitur, S. 59 f.

556 Die »Entwicklung mußte zielgerichtet auf die Vorstellung zulaufen, daß das Königtum allein eine göttliche Einrichtung ist und daß das ›Volk‹ darüber gar nicht verfügen könne – daß dieses im übrigen deshalb auch kein Widerstandsrecht gegen den König oder gar ein Absetzungsrecht in Anspruch nehmen könne.« S. Weinfurter – Idee und Funktion des ›Sakralkönigtums‹ bei den ottonischen und salischen Herrschern (10. und 11. Jahrhundert), S. 112. Vgl. die Auffassung in der Karolingerzeit bei Hincmar von Reims; dazu H.H. Anton – Fürstenspiegel und Herrscherethos in der Karolingerzeit, S. 292. Siehe auch R. Große, a.a.O. S. 80; N. Staubach – Rex christianus.

nigs als *vicarius Christi*[557] hatte. In seiner lebensweltlichen Wirkung wurde das Königsamt in liturgische Handlungen gehüllt, begonnen bei der Königssalbung[558] über die liturgische Herrschermahnung[559] bis hin zur christomimetischen Selbstdarstellung des Königs in den mit einer Anrufung der Dreifaltigkeit anhebenden Königsurkunden. Die Herrschaftsreflexion der mittelalterlichen Welt akzeptierte derartige »liturgische Herrscher-›darstellung‹ als legitimierenden Herrschaftsgrund«[560]. Der Ausrichtung des Königs auf Christus korrespondieren umgekehrt neue interpretative Züge in der Christologie mit dem Herausstreichen der königlichen Züge Christi z.B. durch die kunsthistorisch auffällige Neuerung des kronentragenden Cruzifixus[561]. Eine andere ›verfassungsmäßige‹ Auswirkung dieses Verständnisses des Königtums war die enge Einbeziehung kirchlicher Institutionen zum Zwecke der Königsherrschaft (Stichwort ›Reichskirchensystem‹)[562].

Was aber kann unter den Bedingungen des 10. und 11. Jahrhunderts überhaupt ›Verfassung‹ heißen? Die Verfassungsgeschichtsschreibung hat auf die Fremdartigkeit der Verhältnisse mit einer Ausdehnung des Begriffs reagiert: Unter Verfassung, heißt es bei Hans Boldt, »ist nicht die Verfassung im Rechtssinne zu verstehen,

557 »Im Rahmen einer theokratischen Herrschaftsauffassung wurde der König nicht nur gemäß 1. Petr. 2,13 ff. als Herr *(dominus)* des christlichen Volkes, sondern auch als *minister dei* (Röm. 13,4) und *vicarius christi* betrachtet.« T. Struve – Die Stellung des Königtums in der politischen Theorie der Salierzeit, S. 231. Siehe auch O.-H. Kost – Das östliche Niedersachsen im Investiturstreit, S. 44 ff.; S. Weinfurter – Idee und Funktion des ›Sakralkönigtums‹ bei den ottonischen und salischen Herrschern (10. und 11. Jahrhundert); H. Keller – Die Investitur, S. 65 u. S. 80; F.-R. Erkens – Vicarius Christi, sacratissimus legislator, sacra mejestas; ders. – Herrschersakralität im Mittelalter, S. 160, 170; L. Körntgen – Königsherrschaft und Gottes Gnade, S. 136 ff. Bei Hincmar von Reims ist der König *vicarius Dei*; H.H. Anton, a.a.O. S. 293.

558 Vgl. F.-R. Erkens – Der Herrscher als gotes drút; T. Struve, a.a.O. S. 232.

559 »In ottonischer Zeit ist die Herrscherermahnung selbst liturgisch geworden. Der König, dessen Herz in der Hand Gottes ist, der als Mittler zwischen Klerus und Laien gilt, wird gemahnt, aber nicht eigentlich von Menschen belehrt. Er ist kein Vollkommener. Vielmehr muß er von Gott erfüllt sein, die Gnade immer wieder neu empfangen, um sein zu können, was er gemäß seinem Amt sein soll.« H. Keller – Herrscherbild und Herrschaftslegitimation, S. 311; dazu auch H. Hattenhauer – Das Herz des Königs in der Hand Gottes.

560 H. Keller – Zum Charakter der ›Staatlichkeit‹ zwischen karolingischer Reichsreform und hochmittelalterlichem Herrschaftsausbau, S. 261

561 »Der kronentragende Cruzifixus ist eine ikonographische Neuerung der ottonischen Kunst.« H. Keller – Grundlagen ottonischer Königsherrschaft, S. 31. Dazu L. Bornscheuer – Miseriae regum, S. 223 ff.; zu Christus als ›Himmelskönig‹ siehe O.-H. Kost – Das östliche Niedersachsen im Investiturstreit, S. 38 ff.

562 Im 11. Jahrhundert stößt dieser Gedanke an seine Grenze; vgl. S. Weinfurter – Ordnungskonfigurationen im Konflikt, S. 92 ff.

eine Verfassungsurkunde oder ein nur mit qualifizierbarer Mehrheit abänderbares Verfassungsgesetz. ›Verfassung‹ im Sinne der Verfassungsgeschichte meint mehr, nämlich die politische Ordnung von Staaten, nicht nur das diese Ordnung fixierende Recht, sondern auch ihre häufig gar nicht geregelte oder von der rechtlichen Regelung abweichende Realstruktur, […] die Institutionen der politischen Entscheidungssphäre […] ihre Organisation und Legitimation, […] ihre Beziehungen untereinander […]«[563]. Karl Kroeschell meint, unter ›Verfassungsgeschichte‹ ließe sich »zunächst derjenige Teil der Rechtsgeschichte verstehen, der sich mit den Institutionen befaßt, denen man heute Verfassungsrang zubilligen würde«[564], schließt aber gleich eine Warnung an, »daß die Rubrik ›fränkische Verfassung‹ nicht weniger fragwürdig ist wie ›fränkisches Privatrecht‹«[565]. Es bleibt deutlich, daß der Begriff der Verfassung zu jung ist, um nicht als dem Frühmittelalter eher fremde Kategorie dazustehen. Es gilt also eine Verfassung für das Äquivalent dessen zu beschreiben, was »wir in Bezug auf andere Epochen ›Staat‹ nennen«[566], ohne genau angeben zu können, worin dieses Äquivalent besteht, verknüpft mit der an dieser Stelle gewiß zurecht betonten Notwendigkeit, »daß wir neu nachdenken müssen über die Angemessenheit der Kategorien, in denen wir das komplexe Gefüge beschreiben«[567]. ›Verfassung‹ kann unter solchen Randbedingungen zunächst einmal nicht mehr meinen als einen *Zustand*, eine Zustandsbeschreibung, (a) wie sie konkret in den Quellen gefunden werden kann: nebenbei, parteiisch im Konflikt, als kritische Mahnung etc. und (b) in angemessenen rechtswissenschaftlichen Begriffen, um die Verhältnisse im Abstand von 1000 Jahren begreiflich zu machen. Der Entwürfe sind hier viele vorgelegt worden[568], man denke nur an Gierkes ›Genossenschaft‹, Mayers ›Personenverbandsstaat‹[569], Otto Brunners ›Land‹[570], Mitt-

563 H. Boldt – Deutsche Verfassungsgeschichte Bd. 1, S. 10.

564 K. Kroeschell – Verfassungsgeschichte und Rechtsgeschichte des Mittelalters, S. 47.

565 A.a.O.

566 H. Keller – Zum Charakter der ›Staatlichkeit‹ zwischen karolingischer Reichsreform und hochmittelalterlichem Herrschaftsausbau, S. 249.

567 A.a.O.

568 Vgl. R. Schneider – Tractare de statu regni.

569 Th. Mayer – Die Ausbildung der Grundlagen des modernen deutschen Staates; siehe auch ders. – Staatsauffassung in der Karolingerzeit, insbes. S. 174.

570 O. Brunner – Land und Herrschaft. Otto Brunner greift unmittelbar auf die Konzeption Carl Schmitts von der (positiven) Verfassung als »Gesamtzustand politischer Einheit und Ordnung« zurück (O. Brunner – Moderner Verfassungsbegriff und mittelalterliche Verfassungsgeschichte, S. 8), wobei Brunner diesen Verfassungsbegriff (Verfassung als Zustand) ausdrücklich ob seiner Allgemeinheit und Weite für geeignet hält, auch auf andere als modernstaatliche Verhältnisse Anwendung zu finden (a.a.O. S. 5 f.); vgl. C. Schmitt – Verfassungslehre, S. 3; zu Otto Brunners Verfassungsverständnis: R. Koselleck –

EIS ›Staat des hohen Mittelalters‹[571], GOETZ' *›regnum‹*[572] oder die großangelegten Konstruktionen der ›Grundherrschaft‹, des ›Feudalismus‹ oder des ›Reichskirchensystems‹, aber auch an thematische Annäherungen, die vorsichtiger von »transpersonaler Größe«[573] des Reiches oder vom »polyzentrischen Charakter der gesamten Herrschaftsordnung«[574] sprechen oder – in methodisch-begrifflicher *epoché* – unter Verfassung »den jeweiligen konkreten Zustand, die aktuelle Beschaffenheit der politischen Ordnung (oder auch Unordnung)« verstehen[575]. Grundsätzliche Annäherung an das Problem, auch wenn damit ausdrücklich kein neuer Verfassungsbegriff geschaffen werden soll[576], bietet STEFAN WEINFURTER mit seinem Ansatz der ›Ordnungskonfigurationen‹[577].

Verfassung in diesem Sinne als Zustand zu begreifen könnte nun dahingehend mißverstanden werden, daß dem Mittelalter ein statisches Naturell unterstellt wird[578] und daß etwa ein statisches Normensystem geeignet wäre, den Verfassungszustand als Rechtszustand zu beschreiben; tatsächlich ist das Gegenteil der Fall – wesentli-

---

Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung, S. 16; F. Graus – Verfassungsgeschichte des Mittelalters, S. 566 ff.

571 H. Mitteis – Der Staat des hohen Mittelalters; mit den vorgenannten allesamt Positionen, die (nicht nur) von Gerd Althoff in die Nähe des Nationalsozialismus gerückt werden: »An deren Stelle [d.h. liberal-konstitutioneller Vorstellungen] trat die Lehre von der andersartigen Staatlichkeit des Mittelalters mit der Betonung von ›Volksgemeinschaft und Führung‹, ›Herrschaft und Gefolgschaft‹ und ähnlichen Kategorien […]« G. Althoff – Gewohnheit und Ermessen, S. 156.

572 H.-W. Goetz – Regnum; dazu kritisch J. Fried – Gens und regnum; zur Kontroverse zwischen Goetz und Fried um den *regnum*-Begriff im 9. Jahrhundert J. Jarnut – Anmerkungen zum Staat des frühen Mittelalters.

573 »Über die institutionellen Elemente des Lehnswesens hinaus muß also etwas vorhanden gewesen sein, was König, Reich und Große in einer Art Dreiecksverhältnis so verband, daß die Reiche darin Dauerhaftigkeit gewannen, als unteilbar erschienen und von außen als transpersonale Größen respektiert wurden.« H. Keller – Zum Charakter der ›Staatlichkeit‹ zwischen karolingischer Reichsreform und hochmittelalterlichem Herrschaftsausbau, S. 258. Siehe schon H. Beumann – Zur Entwicklung transpersonaler Staatsauffassungen; G. Koch – Auf dem Weg zum Sacrum Imperium.

574 H. Keller, a.a.O. S. 261.

575 Auf einen solchen Verfassungsbegriff legt sich z.B. Roman Deutinger in seiner ›pragmatischen Verfassungsgeschichte‹ des ostfränkischen Reiches fest; ders. – Königsherrschaft im Ostfränkischen Reich, S. 14. Ausdrücklich distanziert er sich vom Versuch, ein »widerspruchsfreies Gesamtsystem« mit »möglichst allgemeingültigen Normen« zu entwerfen; a.a.O. S. 13.

576 B. Schneidmüller, S. Weinfurter – Ordnungskonfigurationen, S. 18.

577 Dazu ausführlich unten Abschnitt IV, Kapitel 10, Unterkapitel *Ordnungskonfigurationen*.

578 Kritik an der statischen Mittelalterdeutung bei O.G. Oexle – Deutungsschemata der sozialen Wirklichkeit im frühen und hohen Mittelalter, S. 67 ff.; ders. – Die funktionale Dreiteilung als Deutungsschema der sozialen Wirklichkeit in der ständischen Gesellschaft des Mittelalters, S. 27.

che Einsichten in die Grundlagen politischen Handelns und auch die Funktionsweise des Rechts verdanken sich gerade der Betrachtung der Verfassung als *Prozeß*, als Kette von wiederkehrenden Repräsentationen (Rituale und Zeremonien[579]), die ihren Schwerpunkt wegen der untergeordneten Bedeutung von Schriftlichkeit nicht in Texten, sondern in der breiten Varietät symbolischen Handelns haben.

Diese Perspektive ist u.a.[580] von Hagen Keller in den Raum gestellt worden. Am Beispiel einer konkreten Symbolhandlung, der ›Investitur‹ von Reichsbischöfen mittels Stab und Ring, zeigt er den Wandel von einer symbolisch-rechtlich-politischen Auffassung, die diese eingebettet sieht in ein Kontinuum anderer derartiger Symbolhandlungen hin zu einem Verständnis, die nur noch das konkrete Rechtsinstitut in der Investitur sieht[581]. Stellvertretend steht dieser Prozeß[582] für einen umfassenden Wandel im Rechtsbegriff. Parallel zum Aufstieg der juristischen Präzision erfolgt der Niedergang der sakralen Legitimität des Königs[583]. Es geht in der älteren Auffassung nicht so sehr um Symbolhandlungen, die das Recht begleiten[584], sondern um eine authentische Schicht »zeremonialer Handlungsketten«[585] bzw. die »Ausbildung vielgliedriger Ritualketten«[586], in denen rechtliche, politische und soziale Aspekte derart untrennbar vermischt sind, daß jede isolierende Hervorhebung des rechtlichen oder des politischen Aspekts allein schon eine Verzerrung bedeuten würde.

---

579 Zur funktionalen Unterscheidung beider Formen K. Leyser – Ritual, Zeremonie und Gestik, S. 2.

580 Siehe auch K. Leyser, a.a.O.; G. Althoff – Zur Bedeutung symbolischer Kommunikation für das Verständnis des Mittelalters; K. Schreiner – ›Gerechtigkeit und Frieden haben sich geküßt‹.

581 H. Keller – Die Investitur.

582 »[…] so scheint mir auch die juristische Präzisierung dessen, was mit dem Investiturakt vollzogen wird, und damit seine Isolierung aus einer ganzen Sequenz von Symbolhandlungen erst ein Werk des 11. und frühen 12. Jahrhunderts zu sein.« H. Keller, a.a.O. S. 66.

583 A.a.O. S. 80; dazu B. Töpfer – Tendenzen zur Entsakralisierung der Herrscherwürde in der Zeit des Investiturstreits. H. Keller – Grundlagen ottonischer Königsherrschaft, S. 34. Der Desakralisierungsprozeß erreicht jenseits der politischen Absicht in der Agitation des Reformpapsttums auch die juristische Sphäre selbst: »Tatsache bleibt, daß das gregorianische Papsttum sich in dem Maße, in dem es diese neuen Realitäten gefördert hat, wie ein Zauberlehrling verhalten hat, indem es nämlich der traditionellen Macht den Schleier vom Antlitz gerissen hat. Gerade in dem Bemühen, ihre eigene Ordnung zu schaffen, liefert die Kirche die Legitimation für eine Desakralisierung nicht nur der politischen Macht, sondern auch der Rechtspflege, des Forums.« P. Prodi – Eine Geschichte der Gerechtigkeit, S. 85.

584 Das ist ein Aspekt, der für alle Rechtssysteme zu allen Zeiten bedeutsam ist; dazu G. Kocher – Abstraktion und Symbolik im Rechtsleben; G. Dilcher – Warum mittelalterliche Rechtsgeschichte heute?, S. 19.

585 H. Keller – Die Investitur, S. 78.

586 H. Keller – Ritual, Symbolik und Visualisierung in der Kultur des ottonischen Reiches, S. 24.

Dieses Symbolhandeln produziert und reproduziert durch seine wiederkehrenden Formen und sein akzeptiertes ›Vokabular‹ Legitimität und stellt selbst eine Ordnung dar und her, für die die Bezeichnung ›Verfassung‹ angebracht scheint[587]; Gerd Althoff spricht – diesen Aspekt verallgemeinernd – von einem System von ›Spielregeln‹[588]. Dieser Eigenschaft kann an dieser Stelle nur exkursartig nachgegangen werden, einmal die eher weltliche Seite betonend, das andere Mal die herrschaftstheologische Komponente.

### *Exkurs I: Phänomenologie der Herrschaftssymbole im 10./11. Jahrhundert*

Einleitend soll ein kurzer Aufriß der Lage am Beginn des 10. Jahrhunderts in jenem Gebiet gegeben werden, das später einmal Deutschland sein wird und in das das Gebiet des heutigen Österreichs als Teil Bayerns mitinbegriffen ist.

Zur Erinnerung: Das karolingische Reich hat seine Glanzzeiten nicht nur hinter sich, es ist zerfallen, in zahlreiche *regna* – bzw. Teilreiche, wie sie in der deutschsprachigen Forschung genannt werden – und diese werden Anfang des 10. Jahrhunderts auch von Nichtkarolingern, ja sogar von Nichtfranken regiert[589]. Gemessen an karolingischen Standards und mehr noch gemessen am Programm und Anspruch dieser Zeit ist ein Rückschritt zu verzeichnen, an Bildung, an Schriftlichkeit, auch – wenn man so will – an ›Staatlichkeit‹, erkennbar z.B. durch den Verzicht auf das Instrument einer königlichen ›Gesetzgebung‹, wie sie zuvor in den Kapitularien zumindest dem Anspruch nach bestanden hat. Als eine wesentliche Ursache dieses Verfalls wurde die Praxis der Reichsteilungen nach fränkischem Brauch gesehen, die das *regnum* als eine Art erblichen Privatbesitz der *stirps regia* (Königsfamilie) betrachtet und endlose Kämpfe unter den Nachfahren Karls d. Gr. ausgelöst hat[590]. Das östliche ›Teilreich‹ kristallisiert sich am Beginn des 10. Jahrhunderts als faktisch selbständiger Komplex von Herzogtümern und Marken heraus und umreißt damit zugleich den geographischen Bereich einer zukünftigen eigenständigen deutschen Geschichte. Zur selbständigen Organisation unter eine einheitliche Königsgewalt zwingen nicht zuletzt die heftiger werdenden äußeren Bedrohungen dieser Zeit durch Araber, Normannen, Ungarn und Slawen, meist

587 Zum Verhältnis der Begriffe Verfassung und Ordnung siehe unten Abschnitt IV, Kapitel 10, Unterkapitel *Ordnungskonfigurationen*.

588 Siehe die Abhandlungen in Althoffs Sammelband *Spielregeln der Politik im Mittelalter*.

589 C. Brühl – Die Geburt zweier Völker, S. 136.

590 Gegen die Auffassung, das karolingische *regnum* sei als Privateigentum des Königs oder Königsfamilie verstanden worden, R. Deutinger – Königsherrschaft im Ostfränkischen Reich, S. 36 FN 64.

in der Gestalt von Überfällen und Plünderungszügen ohne wirkliche Eroberungsabsicht.

Wenn in diesem Exkurs von ›Herrschaftssymbolen‹ die Rede ist, dann muß eine Einschränkung getroffen werden: Von allen möglichen Herrschaftsverhältnissen, die natürlich allesamt ihre spezifischen Symbole gehabt haben, von der Herrschaft über Unfreie und Sklaven, der Grund- bzw. Adelsherrschaft, dem Sonderfall geistlich-weltlicher Herrschaft mittelalterlicher Bischöfe und Äbte bis hin zur königlichen und kaiserlichen Herrschaft, sollen hier nur die beiden letztgenannten behandelt werden.

Die Beschränkung des behandelten Zeitraumes erfordert wiederum eine zweifache Abgrenzung, einmal die schon angesprochene zur Karolingerzeit (8. u. 9. Jahrhundert), aber auch die zur nachfolgenden wesentlich modernere Züge annehmenden Welt des 12. und 13. Jahrhunderts mit dem charakteristischen Aufblühen von Recht, Wissenschaft, Universitäten und protostaatlichen Strukturen, für die man zusammenfassend auch von einer Renaissance des 12. Jahrhunderts oder gar vom eigentlichen Beginn der Moderne gesprochen hat. Wir befinden uns im ›dunklen‹, im quellenarmen Zeitalter dazwischen.

Welche Aufgaben hat der König? Da sind einmal die klassischen mit dem Verb *regnare* verbundenen Pflichten wie der Verteidigung nach außen, der Wahrung von Recht und Frieden im Inneren, dem Schutz der Kirche, wie von Witwen, Waisen, Pilgern etc. Daneben betont ein Teil der jüngeren historischen Forschung zunehmend eine spezifisch integrative Leistung[591], die der König gerade in jener Zeit des Zerfalls des karolingischen Gesamtreiches in kleinere, aber auf lange Sicht stabilere politische Einheiten zu leisten hatte, und zwar *in propria persona*[592]. Die Zusammenfassung der Herzogtümer und Marken im Osten, die man zu diesem Zeitpunkt keinesfalls schon ›Deutsches Reich‹ nennen sollte[593] – solches wäre anachronistisch und allzusehr im staatsrechtlichen Denken des 19. Jahrhunderts verhaftet –, hatte nur einen sehr geringen Institutionalisierungsgrad: Wir müssen uns hier alles wegdenken, was irgendwie an moderne Staatlichkeit erinnert – Bureaukratie, Stufenbau der Rechtsordnung, Gewaltmonopol etc. – alles hing von der Person des Herrschers und seiner Machtbasis an Verwandten, Freunden und Getreuen ab und darüber hinaus

591 R. Schneider – Das Königtum als Integrationsfaktor im Reich; S. Weinfurter – Zur ›Funktion‹ des ottonischen und salischen Königtums, S. 350;

592 A.a.O. S. 351 f.

593 Das plausibel zu machen ist die Grundintention des Buches von Carlrichard Brühl *(Die Geburt zweier Völker);* dazu O. Engels – Überlegungen zur ottonischen Herrschaftsstruktur, S. 267 ff.; siehe auch J. Fried – Der Weg in die Geschichte; dazu als Apologie H. Vollrath – Geschichtswissenschaft und Geschichtsschreibung; zur Vorgeschichte J. Ehlers – Die deutsche Nation des Mittelalters als Gegenstand der Forschung.

von seiner Fähigkeit, andere ›Große‹ *(principes)* persönlich zu binden oder zumindest ein Abkommen zu erreichen, in dem seine Oberhoheit anerkannt wird – nicht selten zu keinem geringen Preis. Das Reich, dem der König vorsteht, ist so sehr keine eigenständige von diesem unabhängige Größe, daß es nicht einmal einen eigenen Namen hat: *regnum Francorum orientalium* ist eine Verlegenheitslösung, *regnum Teutonicum* kommt erst viel später in Gebrauch[594], meist heißt es in den Herrscherurkunden schlicht *regnum* und der König *rex* ohne allen Zusatz.

Zur Integration ihres Reiches und damit Hand in Hand gehend zur Sicherung der eigenen Herrschaft bedienten sich die beiden ersten Liudolfingerkönige, Heinrich I. (919–936) und Otto der Grosse (936–973; seit 962 römischer Kaiser) ganz unterschiedlicher Strategien.

Der Strategie Heinrichs I. läßt sich das Begriffspaar *amicitiae et pacta* voranstellen – Freundschaften und Bündnisse[595]. Das in staatsrechtlicher Hinsicht Besondere liegt im Umstand, daß derartige Bündnispakte und Freundschaftsversicherungen, die Carlrichard Brühl in die Nähe völkerrechtlicher Verträge rückt[596], nicht nur im Außenverhältnis zu anderen Königen wie z.B. Karl III. von Westfranken (*Bonner Vertrag* von 921[597]) als politisches Mittel verwendet wurden, sondern auch im Innenverhältnis zu Herzögen seines eigenen Reiches. Königsherrschaft bedeutet also bei weitem keine absolute Überordnung, sie muß die auf eigenständiger Machtbasis beruhenden Lokalgewalten respektieren und selbst relative Überordnung immer wieder neu bestätigen, repräsentieren und zum Teil auch erkämpfen. ›Freundschaft‹ ist in diesem Zusammenhang jenseits aller Zurechnung zur Sphäre persönlicher Sympathie ein rein politischer Begriff und markiert ganz im Sinne von Carl Schmitts Kriterium des Politischen als einer Differenzierung in Freund und Feind[598] die eine Seite davon. Eine Bestätigung dafür kann in der nüchternen Schilderung einer Episode aus dem Beginn der Herrschaft Heinrichs I. in der Hauptquelle für diese Zeit finden, in der Sachsengeschichte Widukinds von Corvey, wo es heißt: »Nach diesem Erfolg [gegen Schwaben, das sich unterworfen hat] zog

---

594 C. Brühl, a.a.O. S. 72.

595 G. Althoff – Amicitiae und Pacta; ders. – Verwandte, Freunde und Getreue; ders. – Königsherrschaft und Konfliktbewältigung im 10. und 11. Jahrhundert, S. 54 ff.; H. Fichtenau – Lebensordnungen des 10. Jahrhunderts, S. 123 ff.

596 C. Brühl, a.a.O. S. 139.

597 C. Brühl, a.a.O. S. 140 f. H. Beumann – Die Ottonen, S. 37.

598 C. Schmitt – Der Begriff des Politischen. Viel zu wenig Beachtung gerade der für soziale Beziehungen maßgeblichen politischen Konnotation des Freundschaftsbegriffs findet sich in Klaus von Eickels rezenter Analyse persönlicher Bindungen im 12. u. 13. Jh.; ders. – Tradierte Konzepte in neuen Ordnungen, S. 101 ff.

Heinrich weiter nach Bayern, wo Herzog Arnulf herrschte. Da er erfuhr, daß dieser in der Stadt Regensburg Schutz gesucht hatte, belagerte er ihn. Arnulf aber sah, daß er nicht stark genug war, dem König zu widerstehen, öffnete die Tore, zog hinaus zum König und unterwarf sich ihm mit seinem ganzen Reich. Er wurde von Heinrich ehrenvoll empfangen und Freund des Königs [*amicus regis*] genannt«[599].

Unterwerfungen, wie die angesprochene, waren entgegen dem, was der Text suggerieren mag, keine spontanen Akte, sondern in hohem Maß Inszenierungen mit starker Betonung des Zeichencharakters durch eine für die Zeitgenossen unmittelbar verständliche Form (die in den Quellen *deditio* heißt[600]). Gewöhnlich gehen einer *deditio* intensive Verhandlungen voraus, und im konkreten Fall waren die lokalen Machthaber in Bayern und Schwaben stark genug, um den König zum Verzicht auf bedeutende königliche Rechte, wie die Verfügung über Fiskalgut oder die Investitur von Bischöfen und Äbten, zu zwingen. Formal wurden sie zu einer Art ›Vizekönige‹[601]. Als Gegenleistung erkannten sie HEINRICHS Königtum an. In einer Zeit, in der schriftliche Verträge die Ausnahme waren, stand einzig der Weg offen, das Ergebnis derartiger politischer Verhandlungen und die korrekte rangmäßige Einordnung der Beteiligten mittels öffentlicher bedeutungsgeladener Zurschaustellung im individuellen und kollektiven Gedächtnis festzuschreiben. Gerade wegen des Zeichencharakters war jedes Detail im voraus festgelegt, konkret: die Huldigung durch Fußfall des Herzogs, das demonstrative Aufheben vom Boden durch den König, das Geleiten zu einem Ehrenplatz, die ostentative Freundlichkeit im Umgang miteinander, die öffentliche Bezeichnung als *amicus regis* etc.

Trotzdem blieben die geschlossenen politischen Freundschaften, auf denen zu einem Gutteil der Frieden im Reich beruhte, fragile Gebilde; es bestand jederzeit die Gefahr des Bruches um irgendwelcher politischen Opportunitäten willen; sie bedurften darum der regelmäßigen Vergewisserung. Zu diesem Zweck dienten u.a. die zahlreich bezeugten *convivia*, d.h. Festmähler[602], in denen wiederum alle Details

599 »*Et rebus prospere gestis transiit inde in Baioarium, cui praesidebat Arnulfus dux. Quo comperto in praesidio urbis quae dicitur Reginesburg obsedit eum. Videns autem Arnulfus, quia resistere regi non sufficeret, apertis portis egressus est ad regem, tradito semet ipso cum omni regno suo. Qui honorifice ab eo susceptus amicus regis apellatus est.*« Widukind von Corvey, Res gestae Saxonicae I, 27; ed. A. Bauer, R. Rau, S. 58/59; vgl. C. Brühl, a.a.O. S. 139; E. Hlawitschka – Vom Frankenreich zur Formierung der europäischen Staaten- und Völkergemeinschaft 840–1046, S. 106; G. Althoff, H. Keller – Heinrich I. und Otto der Große, S. 68ff.

600 G. Althoff – Das Privileg der deditio.

601 H. Beumann – Die Ottonen, S. 35.

602 »Gastmähler konnten mächtige Ritulae sein, um Ansprüche anzumelden und zu fördern, Freundschaft und wirkliche oder simulierte Versöhnungen zu bekunden.« K. Leyser – Ritual, Zeremonie und Ge-

Bedeutungsträger sein konnten: z.B. wer wo sitzt, wie nahe zum Herrscher, zu dessen linken oder rechten[603]; es bestand – zumal für den rangmäßig Übergeordneten – sogar eine »rituelle Verpflichtung zum Scherzen«[604].

Überhaupt ist ›Sitzen‹ – rituelles Sitzen gewissermaßen – von erheblicher Bedeutung: in Gegenwart des Königs zu sitzen ist eine besondere Auszeichnung, ja selbst stehen und nicht, wie es vom Vasallen erwartet wird, das Knie beugen; Sitzordnung ist gleichzusetzen mit Rangordnung[605]. Daß der König den Vorsitz führt, ist für Reichstage vielleicht weniger überraschend als für Synoden, also die Zusammenkunft von Bischöfen, um kirchliche Angelegenheiten zu regeln; selbst in den Kirchengebäuden hat sich ein eigener Sitz des Königs etabliert, im Westen der im allgemeinen nach dem Prinzip *ex oriente lux* streng geosteten Kirchen, manchmal architektonisch in der Gestalt einer eigenen westlichen Apsis (wie z.B. in St. Michael in Hildesheim), noch deutlicher ist die Präsenz des Königs bei den sog. Westwerken, die liturgisch eine eigene Kirche in der Kirche darstellen (z.B. in Corvey). Ein Westwerk ist nicht einfach prätentiöse Westfassade, es ist Sitz der Herrschaft und Bollwerk gegen das Böse, denn im Westen lauern traditionell die Dämonen.

Sitzen kann auch bewußte legitimatorische Anknüpfung signalisieren: von Otto III. wird überliefert, daß er erhöht und abgesondert von den anderen gegessen habe, und er verstand das als Anknüpfung an antike Vorbilder. Von besonderer legitimatorischer Bedeutung war die von der Krönung zu unterscheidende und dieser vorausgehende Thronsetzung, zumal in Aachen, wo durch das Vorhandensein des Thronstuhls[606] Karls des Grossen eine direkte Fortsetzung seiner Herrschaft betont werden konnte.

Man hat im Zusammenhang mit diesen und verwandten Phänomenen in der mittelalterlichen Welt, in der es keine geschriebene Verfassung gab und alles von

---

stik, S. 13; G. Althoff – Fest und Bündnis; H. Fichtenau – Lebensordnungen des 10. Jahrhunderts, S. 83 ff.

603 K.-H. Spieß – Rangdenken und Rangstreit im Mittelalter, insbes. S. 53 ff.; H. Keller – Ritual, Symbolik und Visualisierung in der Kultur des ottonischen Reiches, S. 29.

604 G. Althoff – Zur Bedeutung symbolischer Kommunikation für das Verständnis des Mittelalters, S. 380.

605 Dazu H.-W. Goetz – Der ›rechte‹ Sitz; H. Fichtenau – Lebensordnungen des 10. Jahrhunderts, S. 30 ff.

606 Der Thron Karls des Großen in der Aachener Pfalzkapelle ist übrigens zugleich Reliquiar (wie jüngst durch den Fund eines Nagels unter dem Thron nachgewiesen werden konnte, diente der Raum unmittelbar unter der Sitzfläche aller Wahrscheinlichkeit nach zur Aufbewahrung der Stephansbursa, die jetzt in der Wiener Schatzkammer liegt. Der König saß gewissermaßen auf geweihtem Boden, auf der blutgetränkten Erde des Erzmärtyrers Stephanus) und Altar; die Verbindung von Thron und Altar ist hier architektonisch realisiert.

Handlungen und rituell gesicherten Verhaltenserwartungen abhängig war, den Begriff der ›Ranggesellschaft‹ verwendet[607]. In einer solchen ist die unablässig wiederholte Repräsentation der politischen Kräfteverhältnisse durch öffentliche Zeichen unumgänglich. Zeichencharakter können dabei insbesondere gewählte Orte haben, z.B. Orte für Herrschertreffen: Wird dabei ein Grenzort vereinbart (beim schon erwähnten *Bonner Vertrag* war es ein Schiff mitten auf dem Grenzfluß Rhein[608]), so indiziert das Gleichrangigkeit, ist einer gezwungen, in das Territorium des anderen zu reisen, mindert das seinen Rang; oder der Ort der Krönung: Es gibt Orte, die Legitimität unterstreichen, und solche, die sie in Zweifel ziehen. Die Wahl eines solchen zweifelhaften Ortes kann in einem zeitlichen Kalkül begründet liegen: besser früher eine Krönung am ›falschen‹ Ort und dafür aber vielleicht mit dem ›richtigen‹ Erzbischof[609] als gar keine, wenn der korrekte Krönungsort kurzfristig vom politischen Gegner besetzt und nicht zu erobern ist.

Eine weitere große Gruppe von Akten mit besonderer symbolischer Bedeutung ist die Übergabe von Gegenständen, insbesondere Stäben der verschiedensten Art[610], wobei nicht grundsätzlich gesagt werden kann, ob der Empfangende oder der Gebende den höheren Rang einnimmt; das hängt je von den Umständen ab. Geschenke werden dem Herrscher übergeben, er seinerseits übergibt Besitzungen oder einen Prachtkodex an einen Heiligen – und das ist realer gedacht, als man sich das heute vorzustellen vermag, denn der Heilige wird im Verständnis der Zeit zivilrechtlicher Eigentümer[611]. Die Übergabe der *heiligen Lanze* an Heinrich I. durch Rudolf II. von Burgund bedeutete für letzteren (obwohl selbst König) die allseits sichtbare Unterordnung unter Heinrich[612]. Umgekehrt bedeutet die Übergabe einer *ferula* (eines Bischofsstabes) und eines Ringes durch den König an einen Bischof für diesen

607 Gerhard Dilcher spricht das Frühmittelalter näher spezifizierend von einer »tribalen und segmentären Ranggesellschaft […], in welcher es mit der Ehre immer um das Ganze, um Stellung und Ansehen in dieser Gesellschaft ging«. G. Dilcher – Zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte der mittelalterlichen Rechtskultur, S. 629. Zur Ranggesellschaft im Mittelalter H. Fichtenau, a.a.O. S. 11 ff.; K.-H. Spieß – Rangdenken und Rangstreit im Mittelalter; G. Althoff – Die Kultur der Zeichen und Symbole, S. 276 ff.

608 G. Althoff, H. Keller – Heinrich I. und Otto der Große, S. 71 f.

609 Zum ›verbrieften‹ Krönungsrecht des Mainzer Erzbischofs E.-D. Hehl – Herrscher, Kirche und Kirchenrecht in spätottonischer Zeit, S. 200.

610 H. Keller – Die Investitur.

611 »Die Heiligen dachte man sich als rechtsfähige Personen, die zusammen mit dem Abt oder Kirchenvorsteher die Rechtsträger […] waren.« J. Weitzel – Oblatio puerorum, S. 61.

612 C. Brühl, a.a.O. S. 145 f.; S. Weinfurter – Sakralkönigtum und Herrschaftsbegründung um die Jahrtausendwende, S. 89.

die Amtseinsetzung[613], für den König aber die demonstrative Ausübung königlicher Rechte. Stab und Ring hatten den Charakter von Amtszeichen, wobei »ein Unterschied in der Weise geläufig war, daß der Ring mehr die priesterlichen Aufgaben der Sakramentenvermittlung und Glaubensverkündigung symbolisierte, der Stab hingegen die disziplinarische Seite des Bischofsamtes«[614]. Um den sog. ›Stab Petri‹ gab es – um ein drittes Beispiel zu nennen, das zugleich die Konfliktträchtigkeit dieser Zeichen verdeutlicht – im 10. Jahrhundert einen heftigen Streit zwischen dem Kölner und dem Trierer Erzbischof[615]; der ›Stab Petri‹, den Petrus selbst einem seiner Schüler für die Gründung von Trier (oder war es Köln?) mit auf den Weg gegeben haben soll, war dabei im Vergleich zu gewöhnlichen Hirtenstäben mit Krümme, über die beide als Bischöfe ohnehin verfügten, gewissermaßen ein Überstab, aus dessen bloßem Besitz sich bei Bedarf weitere Sonderrechte ableiten ließen. Der Streit wurde letztlich im Jahr 980 salomonisch durch Teilung des Stabes gelöst. Nebenbei bemerkt wird auch der Umstand, daß der Papst keinen gekrümmten Stab trägt, im 13. Jahrhundert damit begründet, daß er von niemandem, schon gar nicht vom Kaiser, in sein Amt eingesetzt wird (in Wahrheit hat sich die möglicherweise aus dem insularen Raum herrührende Mode des Krummstabes so langsam ausgebreitet, daß Rom vor dem Investiturstreit davon nicht berührt wurde[616]).

Derartige Phänomene nicht isoliert zu betrachten oder gar für Kuriositäten am Rande oder Kennzeichen irrationalen Verhaltens zu nehmen, ist das Werk Gerd Althoffs gewidmet. In zahllosen Untersuchungen hat er versucht, eine Systematik ausfindig zu machen, die als ›Spielregeln der Politik‹ handlungsbestimmend für jene Epoche gewesen sei, wobei seiner Ansicht nach weite Bereiche, die heute der ›Verfassung‹ und dem ›Recht‹ zugerechnet werden, mit diesen ›Spielregeln‹ gleichgesetzt werden können. Zusammen mit Hagen Kellers ›Ketten von Symbolhandlungen‹ wird hier ein Bild gezeichnet, das, wenn es zutrifft, nicht ohne Folgen für den Rechtsbegriff des Mittelalters sein kann. Die Verschränkung von Legitimität und Anerkennung dieser ›Spielregeln‹ wird aber beschränkt sein auf die Verfassungsebene des Rechts; die in den vorangegangenen Abschnitten angesprochenen Schichten von Recht haben jeweils ihre eigenständige Grundlage und sind nicht Ausfluß politischer Spielregeln im Sinne Althoffs; es besteht hier kein legitimatorischer Zusammenhang.

613 H. Keller – Ritual, Symbolik und Visualisierung in der Kultur des ottonischen Reiches, S. 26f.
614 O. Engels – Der Pontifikatsantritt und seine Zeichen, S. 758.
615 E.-D. Hehl – Herrscher, Kirche und Kirchenrecht im spätottonischen Reich, S. 188ff.
616 O. Engels, a.a.O. S. 764.

*Exkurs II: Herrschaftstheologie und sakrales Königtum*

Das bisher Gesagte berührt, auch wenn schon von Synoden, Krummstäben und Westwerken die Rede war, nur die weltliche Seite der Herrschaftssymbolik. Weltliche Machthaber grenzen wechselseitig ihre Sphären ab durch gewisse öffentliche Zeichen und stabilisieren damit gleichzeitig Verhaltenserwartungen. Diese Stabilität beruht wesentlich auf ritueller Wiederholung. Wir bewegen uns damit – es ließen sich noch viele Symbole dieses Typs anführen – dennoch ganz an der Oberfläche der Problematik. Für ein tiefergehendes Verständnis muß ein für diese Zeit gleichermaßen für die Zeichenkonzeption wie für die Herrschaftslegitimation ganz zentrales Moment in die Betrachtung miteinbezogen werden: die theologische – oder wenn man so will – die theokratische Grundierung der mittelalterlichen Welt.

Das wird schon deutlich am Umgang jener Epoche mit dem Heiligen und besonders mit *den* Heiligen: Heilige genießen nicht nur Respekt und Verehrung, sie sind in einer unbefangenen Weise allgegenwärtig und spielen zudem eine höchst aktive Rolle in der Welt, sei es als Beschützer und Fürsprecher, aber auch als Schlachtenhelfer, Rächer oder – wie schon angesprochen – als zivilrechtlicher Eigentümer nicht unbeträchtlicher Güter[617]. Der überlieferte Umgang mit ihnen zeigt ein religiöses Bewußtsein, dem diesseitige und jenseitige Welt aufs engste miteinander verschränkt sind – und das gilt keineswegs nur auf der Ebene eines mehr oder minder aufklärungsbedürftigen Volksaberglaubens, sondern auch für die geistige und politische Elite dieser Epoche[618]; auch für sie ist das Wirken Gottes und der Heiligen in der Welt ein Stück Realität – das im übrigen bei der Wiedergabe der Quellen als Tatsachenberichte gerne unterschlagen wird –, sonst wäre der stete und überreiche Rückgriff auf numinose Momente kein taugliches Mittel bei der Legitimation von Herrschaft gewesen.

Wert gelegt wird seitens der Mächtigen auf gutes Einvernehmen mit den Heiligen, durch fromme Stiftungen, Kirchenbauten etc. und insbesondere durch die Vergewisserung der physischen Präsenz in der Gestalt von Reliquien[619]; Reliquien zählen zu den vornehmsten Geschenken[620], und für Translationen, die eminente wirtschaftliche Auswirkungen haben konnten, nämlich das Verarmen des verlassenen und das Aufblühen des neuen Sitzes, gab es oft eigene schriftliche Fixierungen.

617 H. Hattenhauer – Das Recht der Heiligen.

618 Vgl. G. Duby – Die drei Ordnungen, S. 58 ff.

619 A. Angenendt – Heilige und Reliquien.

620 Z.B. unterstrich Karl der Einfältige sein Hilfegesuch an Heinrich I. durch die Übersendung einer Handreliquie des hl. Dionysius; H. Beumann – Die Ottonen, S. 38; A. Angenendt, a.a.O. S. 126.

Unter den zahllosen Reliquien sei als Beispiel eine herausgegriffen, die wegen ihres eigentümlichen Doppelcharakters als Insignie und Reliquie eine besondere Rolle in der Herrschaftsrepräsentation und auch in konkreten politischen Krisensituationen gespielt hat: die *lancea sacra* oder *sacra hasta*, die heilige Lanze (die sich heute in der Wiener Schatzkammer befindet). Es handelt sich dabei um eine oberitalienische Lanze aus karolingischer Zeit, in die der Überlieferung nach ein Nagel der Kreuzigung Christi eingearbeitet wurde; sie galt im 10. Jahrhundert als die Lanze des heiligen Mauritius. Als Rudolf II. von Burgund im Jahr 926 die Lanze an Heinrich I. übergab[621], wurde das von den Zeitgenossen als Anerkennung der Oberhoheit Heinrichs verstanden.

In Italien ist, auf die Langobarden zurückgehend, die Vorstellung lange lebendig geblieben, daß (*quasi* in Konkurrenz zu Krone und Thron) Herrschaft mittels einer Lanze übertragbar ist. Diese Eigenschaft, die Herrschaft über Oberitalien zu symbolisieren, zeigt sich auch, als anläßlich Ottos III. Zug 996 nach Italien über den Brenner die hl. Lanze vorangetragen wird[622]. Ihren triumphalen Höhepunkt erlebte sie aber zweifelsohne in kriegerischen Konflikten: in der Schlacht bei Birten 939 – sie markiert eine schwere Krise am Beginn der Herrschaft Ottos I. – soll der König vor Beginn des Kampfes vor der Lanze niedergekniet sein, ein Gebet gesprochen und darauf den Sieg errungen haben[623]. In der berühmten Schlacht am Lechfeld 955, durch die die Ungarngefahr endgültig gebannt wurde, spielte die Lanze eine zentrale Rolle[624]: neben dem hl. Laurentius, der als Tagesheiliger auf der Seite Ottos und des Reiches mitfocht, und dem Erzengel Michael, dessen Banner im Gefecht geführt wurde, konnte durch die hl. Lanze nicht nur auf die Hilfe des hl. Mauritius[625] gezählt werden, sondern auf Christus selbst, da die Schlacht nun

621 H. Beumann, a.a.O. S. 41 f.; P. Worm – Die Heilige Lanze, S. 187.

622 G. Althoff – Otto III., S. 82; P. Worm, a.a.O. S. 191 f.

623 G. Althoff – Die Ottonen, S. 78; L. Körntgen – Königsherrschaft und Gottes Gnade, S. 55 ff. bzw. S. 98 f.; P. Worm, a.a.O. S. 190.

624 H. Beumann – Die Ottonen, a.a.O.

625 Otto der Große gründet 937 in Magdeburg ein Moritzkloster, 951 erfolgt die Translation der Reliquien dorthin; J. Ehlers – Magdeburg, Rom, Aachen, Bamberg, S. 51 f. Die starke Verbundenheit Ottos zu diesem Ort drückt auch sein – letztlich erfolgreicher – Plan, Magdeburgs Erhebung zum Erzbistum zu erreichen und die Wahl dieses Ortes zu seiner Grablege aus. Das Bewußtsein, den Heiligen in kriegerischen Auseinandersetzungen tatkräftige Unterstützung zu verdanken, spiegelt sich in der Pflege der Schlachtenerinnerung: »Indem die Päpste den deutschen Erzbischöfen gewährten, das Pallium außer an den Hoch-, Apostel- und Patronatsfesten auch am Tage des Schlachtenheiligen Laurentius und des Sieghelfers Mauritius zu tragen, erhielten die Jahrfeiern des Ungarnsieges eine liturgische Überhöhung […]« H. Keller – Widukinds Bericht über die Aachener Wahl und Krönung Ottos I., S. 401; zum Pallium als erzbischöfliches Insignium Th. Zotz – Pallium et alia quaedam archiepiscopatus insignia; O. Engels – Der Pontifikatsantritt und seine Zeichen, S. 739 ff.

im Zeichen des Kreuzes stand, und wie einst Kaiser Konstantin in der Schlacht bei der Milvischen Brücke gegen Maxentius konnte Otto darauf vertrauen – *in hoc signo vinces* – in diesem Zeichen, dem des Kreuzes, wirst du siegen[626]. Es ist bezeichnend für den Glauben an die Kraft dieser Symbole in dieser Zeit, daß auch auf der Seite der Gegner Kreuze verwendet wurden und das, obwohl die Ungarn damals noch Heiden waren. In ungarischen Gräbern des 10. Jahrhunderts lassen sich oftmals byzantinische Reliquienkreuze nachweisen, die deutliche Gebrauchsspuren aufweisen[627]. Die ungarischen Krieger wollten sich der Unterstützung möglichst vieler Götter versichern und auf die magische Kraft des Kreuzzeichens nicht verzichten.

Als politisches Symbol mitentscheidend wurde die hl. Lanze ein halbes Jahrhundert später bei der Erringung der Herrschaft durch Heinrich II. im Jahr 1002 nach dem unerwarteten Tod Ottos III. mit nur 22 Jahren. Als der tote Kaiser nach Deutschland gebracht wurde[628], gelang es Heinrich, damals Herzog von Bayern, die Übergabe der Reichsinsignien durchzusetzen, mit Ausnahme der hl. Lanze, die Erzbischof Heribert von Köln, ein Gegner Heinrichs in der Nachfolgefrage, aus Vorsicht hatte nach Aachen vorausschicken lassen. Heinrich nahm Heribert kurzerhand in Haft, um auch die Auslieferung der Lanze zu erreichen[629]. Sie war ein derart starkes Symbol, »durch welches Gott das Irdische mit dem Himmlischen verknüpft hat«[630], daß zusammen mit der bald durchgeführten Salbung und Krönung der anfangs nicht unerhebliche Widerstand gegen ihn gebrochen und Heinrich König wurde. In einer für die Jahrtausendwende typischen Herrscherdarstellung im *Regensburger Sakramentar*, die Heinrich II. zeigt, ist die Lanze darum auch abgebildet, sie wird von einem Engel gebracht und trägt an der Spitze ein Kreuz[631]. Es fällt weiters auf, daß der Schaft mit Knospen besetzt ist, und dahinter wurde von der Forschung eine subtile theologische Anspielung vermutet, die zugleich deutlich macht, wie derartige Bilder von den Zeitgenossen gelesen wurden. Die Deutungen gehen dahin, daß die Knospen den Stab

---

626 Zum Kreuz als Siegeszeichen K. Schreiner – Signa victricia, S. 261 ff.

627 L. Révész – Brustkreuzreliquiar.

628 Zum rituellen Beisetzungsakt H. Keller – Ritual, Symbolik und Visualisierung in der Kultur des ottonischen Reiches, S. 34.

629 G. Althoff – Die Ottonen, S. 203; J. Ehlers – Magdeburg, Rom, Aachen, Bamberg, S. 61; S. Weinfurter – Der Anspruch Heinrichs II. auf die Königsherrschaft 1002, S. 127 ff.

630 »*quo caelestibus terra Deus coniunxerat*« Liudprand von Cremona, Antapodosis IV, 25, ed. A. Bauer, R. Rau, S. 428/429.

631 S. Weinfurter – Sakralkönigtum und Herrschaftsbegründung um die Jahrtausendwende, S. 88 ff.; Abb. 18, S. 85; H. Keller – Ritual, Symbolik und Visualisierung in der Kultur des ottonischen Reiches, S. 49 f.; L. Körntgen – Königsherrschaft und Gottes Gnade, S. 212 ff. (Abb. 4, S. 521).

Aarons symbolisieren, der Stab der Auserwählten und des Lebens. Gleichzeitig deuten die beiden heiligen Bischöfe, die den König an den Armen stützen, deshalb nicht nur auf das enge Zusammenwirken von Herrscher und Kirche, von Herrscher und Heiligen, sondern die beiden stehen zugleich für Aaron und Hur, die Moses stützen, damit dieser im Kampf gegen die Amalekiter die erschöpften Hände nicht sinken ließ; denn solange Moses die Hände erhoben hielt, war Israel im Kampf stärker[632]. Heinrich nimmt also als König – das will das Bild zeigen – den Typus von Moses an, seine Herrschaft ist schon im Alten Testament präfiguriert[633].

Bilder wie das vorliegende haben offiziellen Charakter, d.h. sie sind als Zeugnisse der Selbstinterpretation der Herrscher zu nehmen[634]: Was zeigt das Bild noch? Spiegelbildlich zur hl. Lanze wird dem König ein Schwert überreicht – wohl ein für sich sprechendes Symbol weltlicher Gewalt – und zwar wieder durch einen Engel, der das Schwert nicht mit bloßen Händen, sondern mit einem Velum hält; Gegenstände, die in liturgischen Zusammenhängen auf diese Weise getragen werden, indizieren einen besonderen sakralen Charakter: Die Ausübung der weltlichen Gewalt durch den König ist – so kann man daraus schließen – in besonderer Weise göttlich autorisiert, und Widerstand dagegen ist gleichbedeutend mit einer Infragestellung der göttlichen Entscheidung.

Derjenige, der das Schwert und die Lanze erhält[635], ist zusätzlich dadurch aus der Menge der Lebenden herausgehoben, daß er gekrönt ist, und er verdankt – das rückt in den Herrscherbildern der Ottonenzeit überdeutlich in den Mittelpunkt[636] – seine Krone unmittelbar Christus, der selbst als himmlischer König das Urbild aller Könige ist: *per me reges regnant* (›Durch mich regieren die Könige‹; Sprüche Salomonis) lautet die Inschrift einer der Emailplatten der *Wiener Reichskrone*[637];

632 S. Weinfurter – Heinrich II. (1002–1024), S. 44; H. Vollrath – Christliches Abendland und archaische Stammeskultur, S. 7; H. Keller – Herrscherbild und Herrschaftslegitimation, S. 306.

633 Kritisch zu den Deutungen L. Körntgen, a.a.O.

634 Ludger Körntgen hält die politisch-propagandistische Deutung dieser und verwandter Bildzeugnisse für verfehlt und betont nachdrücklich deren Einbettung in den Kontext der Memoria: »Die politische Bedeutung der Darstellung des Herrschers im liturgischen Kontext ist […] nicht von der heilsvermittelnden und sozial integrierenden Bedeutung von Liturgie und Memoria zu trennen; die Herrscherbilder wirken nicht ›politisch‹ nach dem Modell politischer Publizistik und Propaganda, sondern so, wie überhaupt liturgische Praxis und religiöses Zeremoniell politisch integrierend wirken.« A.a.O. S. 447.

635 Zur Funktion der Lanze als weltliches Belehnungssysmbol H. Keller – Ritual, Symbolik und Visualisierung in der Kultur des ottonischen Reiches, S. 27 f., insbes FN 13; ders. – Die Investitur, S. 71 ff.

636 S. Weinfurter – Zur Funktion des ottonischen und salischen Königtums, S. 352 ff.

637 G. Wolf – Die Wiener Reichskrone, Abb. 54, S. 68.; F.-R. Erkens – Herrschersakralität im Mittelalter, S. 161 ff.; siehe auch das Kapitel zur Reichskrone in P.E. Schramm – Herrschaftszeichen und Staatssymbolik Bd. I. Zum Proverbienvers R. Schieffer – Mediator cleri et plebis, S. 356.

sie zeigt Christus als Weltenrichter und wird ins 10. bzw. 11. Jahrhundert datiert. Die Auszeichnung vor allen Menschen, die der König erfährt, bedeutet zugleich eine Heiligung, die dadurch sichtbar gemacht wird, daß der König in die Mandorla[638], den mandelförmigen Rahmen, von dem der thronende Christus stets umgeben ist und dessen Innenbereich den Himmel selbst symbolisiert, hineinragt, bezeichnenderweise mit jenen Körperteilen, die bei der der Krönung vorangehenden Herrscherweihe mit Öl gesalbt werden. Diese Salbung[639], die auf westfränkische oder vielleicht westgotische Ursprünge zurückgeht, verdeutlicht vielmehr als alles andere die ganz auf theologischem Boden stehende Herrschaftslegitimation: sie verleiht dem König als Person einen geistlichen Status, gleich den Bischöfen, beide sind *christi domini* (Gesalbte des Herrn), und als *typus christi* repräsentieren die einen den priesterlichen Christus, der andere den königlichen Christus als Herrscher über die Welt. Der König wird damit, sobald gesalbt, durch das als *character indelebilis*[640] auf die Stirn gesetzte Zeichen in einer ganz spezifischen Weise unangreifbar, was Heinrich II. im Jahr 1002 mit Erfolg gegen seine Mitbewerber um den Thron[641] politisch auszunutzen wußte: »Mit diesem Akt war alles entschieden!«[642] Die Herrscherweihe verwandelte den König in einen neuen Menschen und wurde, da die endgültige Fixierung der Zahl Sieben für die Sakramente noch in der Zukunft lag, lange Zeit selbst als Sakrament betrachtet, war als liturgischer Akt damit bedeutender als die Krönung: »Gerade die kirchliche Salbung aber an Haupt, Schultern, Brust und Armen war bei der Königskrönung der entscheidende Akt, durch die der Herrscher gleichsam eine neue Gestalt annahm. Die Königssalbung war der Taufe nachgebildet, und wie der Christ durch die Taufe sich vom *homo naturalis* zu einem anderen Wesen verwandelte, so veränderte sich der König durch die Salbung zum *typus Christi*, er wurde gleichsam ›deifiziert‹«[643].

---

638 H. Keller – Herrscherbild und Herrschaftslegitimation, S. 306.

639 S. Weinfurter – Idee und Funktion des ›Sakralkönigtums‹ bei den ottonischen und salischen Herrschern (10. und 11. Jahrhundert), S. 106 ff.; T. Struve – Die Stellung des Königtums in der politischen Theorie der Salierzeit, S. 232.

640 Dazu E.H. Kantorowicz – Die zwei Körper des Königs, S. 41 f. Vgl. S. Krüger – Character militaris und character indelebilis.

641 E. Hlawitschka – Der Thronwechsel des Jahres 1002 und die Konradiner; ders. – Die Thronkandidaten von 1002 und 1024; A. Wolf – Quasi hereditatem inter filios; weitere Literatur bei B. Schneidmüller – Otto III. – Heinrich II., S. 10 f.

642 S. Weinfurter – Heinrich II. (1002–1024), S. 52; ders. – Konfliktverhalten und Individualität des Herrschers am Beispiel Kaiser Heinrichs II., S. 298; vgl. H. Keller – Ritual, Symbolik und Visualisierung in der Kultur des ottonischen Reiches, S. 38 ff.

643 S. Weinfurter – Idee und Funktion des ›Sakralkönigtums‹ bei den ottonischen und salischen Herrschern (10. und 11. Jahrhundert), S. 101. Mitunter wird auch eine Parallele zur Bischofsweihe vertre-

Die bildliche Hervorhebung des Königs aus der Menge der Sterblichen bedient sich verschiedener Techniken. Eine davon ist die Zonierung des Bildaufbaues, wie sie sich in der *Reichenauer Apokalypse*[644], im *Perikopenbuch Heinrichs II.*[645] und im *Aachener Liutharevangeliar*[646] besonders deutlich zeigt. Die untere Bildzone repräsentiert die irdische Welt, dort stehen die huldigenden Provinzen bzw. Krieger und Kleriker, die obere, manchmal deutlich abgegrenzt ist die himmlische, in der nur Christus, Engel, Heilige etwas verloren haben, und natürlich der Herrscher als Auserwählter und himmlisch Beauftragter. Einmal ist zu sehen, wie Heinrich II. und die Königin Kunigunde von Christus selbst die Kronen aufgesetzt bekommen und dabei von Petrus und Paulus am Unterarm gestützt werden (das entspricht übrigens ganz dem Ritus der Krönungsordines, in der Erzbischöfe den zu krönenden König in dieser Weise hereinführen), im anderen Bild stützen Petrus und Paulus die Krone. Den Höhepunkt bildlicher Herrscherapotheose bietet das vielbesprochene *Aachener Liutharevangeliar*, in dem der von der Hand Gottes gekrönte Otto III. endlich selbst in die (wenn auch nur zart angedeutete) Mandorla gesetzt wird. Der Herrscher sitzt dort, wo sonst nur Christus selbst sitzt[647].

Man muß aber beachten, daß diese Bilder mit ihren starken Bildaussagen nur in einem bestimmten Rahmen, nämlich der Liturgie, sichtbar wurden und immer von Bittgebeten begleitet werden, also nicht eine Realität als solche darstellen wollen[648]. Gebet und Bild richten sich an Gott. Zum Volk hin sichtbar geben sich die Herrscher bescheidener, wie am *Baseler Antependium* aus der Zeit um 1000 ablesbar ist, das Heinrich und Kunigunde in devoter Haltung zu Füßen Christ sieht. Ist ein wesentliches Charakteristikum dieser Bilder also ihr Unsichtbarbleiben im öffentli-

ten, z.B. von E. Eichmann – Königs- und Bischofsweihe. Der Wandlungsgedanke wird bei einem Vergleich von Königs- und Bischofsweihe noch um 1100 sehr stark vom sog. Normannischen Anonymus betont, der in seinem Traktat *De consecratione pontificum et regum et de regimine eorum in ecclesia sancta* schreibt: »*Post unctionem* […] *mutatus est in vir alium*« (Die Texte des Normannischen Anonymus, ed. K. Pellens, S. 130); zur ›Amtsheiligkeit‹ des Königs siehe ders. – Das Kirchendenken des Normannischen Anonymus, S. 111 ff.; Ernst H. Kantorowicz bezeichnet die Traktate des Normannischen Anonymus als eine »Zusammenfassung der politischen Ideen des 10. und 11. Jahrhunderts« (E.H. Kantorowicz – Die zwei Körper des Königs, S. 81); vgl. ders. – Deus per naturam, Deus per gratiam.

644 S. Weinfurter – Sakralkönigtum und Herrschaftsbegründung um die Jahrtausendwende, Abb. 13, S. 59.

645 A.a.O. Abb. 17, S. 79.

646 A.a.O. Abb. 15, S. 63.

647 Allg. zur Stellung des Königs in der ottonischen Buchmalerei H. Mayr-Hartig – Ottonische Buchmalerei, S. 75 ff.; U. Kuder – Die Ottonen in der ottonischen Buchmalerei; kritisch L. Körntgen – Königsherrschaft und Gottes Gnade, S. 178 ff.

648 Siehe insbesondere dazu die Ausführungen bei L. Körntgen – Königsherrschaft und Gottes Gnade.

chen Raum, so ist auch ihr angesprochener Inhalt auf ein Unsichtbares bezogen, auf den sakramentalen Hintergrund des besonderen Verhältnisses des Königs zu Christus, oder wie Hagen Keller schreibt: »Die ottonischen Herrscherdarstellungen [...] wollen etwas zeigen, was man mit leiblichen Augen gar nicht sehen kann, einen unsichtbaren Vorgang, der sich am Herrscher vollzieht. Wenn im Gebet bei der Salbung zum König gesagt wird ›Möge (Christus) durch diese Ausgießung des heiligen Öls den Segen des Tröstergeistes auf dein Haupt gießen, damit du es verdienst, durch diese sichtbare und handgreifliche Gabe Unsichtbares zu erlangen und nach der Ausübung des irdischen Königtums durch gerechtes Walten mit ihm zusammen ewig als König zu herrschen‹, dann scheint mir eben jenes Unsichtbare angesprochen zu sein, das die Herrscherbildnisse anschaulich machen wollen.[649]«

Die starke Herausstreichung des sakralen Charakters des Herrschers beginnt unter Otto d. Gr.[650], dessen Strategie in bewußter Abkehrung zur Bündnispraxis seines Vaters sich mit dem Begriffspaar *rex et sacerdos* (König und Priester[651]) auf den Punkt bringen läßt. In diesen Zusammenhang gehören auch formelhafte Wendungen wie *vicarius Christi*, wodurch dem König (nicht etwa dem Papst, der erfolgreich später diese Stellung usurpiert) die Stellvertreterrolle zugewiesen wird, oder *mediator cleri et plebis*, die den König zum Mittler zwischen Klerus und Volk macht[652], was nur möglich scheint, wenn er selbst der geistlichen Sphäre auch zugehört. Letzteres impliziert eine besondere Stellung im Verhältnis zu den Bischöfen im Reich, die unter Heinrich III. ihren Höhepunkt erfährt.

Lange Zeit wurde dieses intensive Verhältnis zwischen König und Reichsbischöfen bzw. den Äbten der großen Reichsabteien, die zunehmend stärker in den Verwaltungsaufbau integriert wurden, unter der Chiffre ›Reichskirchensystem‹[653] abgehandelt. Heute meint man in der Forschung, daß von ›System‹ zu sprechen übertrieben

---

649 H. Keller – Herrscherbild und Herrschaftslegitimation, S. 292 f.

650 Allgemein zum folgenden F.-R. Erkens – Herrschersakralität im Mittelalter, S. 156 ff.

651 A. Angenendt – Rex et Sacerdos; L. Körntgen – König und Priester. Timothy Reuter spricht von »priestly kingship« und sieht die Funktion »in helping to distance the rulers from their subjects and in helping to end rebellions peacefully«, jedoch gerade nicht als theokratische Basis für ein ›Reichskirchensystem‹, d.h. für eine konkrete Befehlsgewalt über Bischöfe und Äbte; T. Reuter – The ›Imperial Church System‹ of the Ottonian and Salian Rulers, S. 349 u. S. 372.

652 R. Schieffer – Mediator cleri et plebis; G. Tellenbach – Die westliche Kirche vom 10. bis zum frühen 12. Jahrhundert, S. 58.

653 L. Santifaller – Zur Geschichte des ottonisch-salischen Reichskirchensystems; kritisch T. Reuter – The ›Imperial Church System‹ of the Ottonian and Salian Rulers; R. Schieffer – Der geschichtliche Ort der ottonisch-salischen Reichskirchenpolitik; H. Hoffmann – Der König und seine Bischöfe in Frankreich und im Deutschen Reich 936–1060.

ist, da das planmäßige fehle, vielmehr nur ein herrscherliches Handeln im Rahmen der nunmehr betonten Mittlerrolle zu erkennen sei, und das überall in Europa, lediglich vielleicht in Deutschland erfolgreicher und intensiver als anderswo. Den Bischöfen werden schon seit der späten Karolingerzeit mehr und mehr Privilegien zugestanden, Immunität, dazu vielerlei Forst-, Zoll-, Münz- und Marktrechte bis hin zur Verleihung ganzer Grafschaften[654]. Diesen königlichen Gaben korrespondiert umgekehrt ein lehnsartiges Verhältnis mit eigenen Verpflichtungen, wie der Beherbergung und Verpflegung des wandernden Königshofes, der Stellung bewaffneter Aufgebote und das beständige Bittgebet, allesamt unter dem Begriff *servitium regis* zusammengefaßt[655]. Im Zentrum der Beziehung stand das königliche Investiturrecht, d.h. die Befugnis, vakante Sitze nach Belieben mit Personen, nicht selten aus seiner eigenen Hofkapelle, zu besetzen.

Für unseren Zusammenhang wichtig ist – wie oben schon betont – die Investitur nicht so sehr als ein Recht zu sehen, das isoliert betrachtet ja den kanonischen Bestimmungen zur Bischofswahl durch Klerus und Volk entgegenstand, sondern als symbolische Handlung inmitten eines Kontinuums von Symbolhandlungen, die zusammen eine Ordnung königlichen Wirkens ausmachten, die ihr Zentrum in der von Gott selbst investierten Gestalt des Königs hat: Den Investiturakt mit Stab und Ring muß man sich eingefügt denken in den weiten Bogen von der Liturgie der Königsweihe über die Herrscher*laudes*[656] und Festkrönungen bei hohen kirchlichen Festen bis hin zur Zeremonie des Herrscher*adventus*[657], dem feierlichen Empfang des Königs nach dem Vorbild von Christi Einzug in Jerusalem. Erst im Investiturstreit, dem heftigsten Konflikt im 11. Jahrhundert, erfahren die Vorgänge eine Umdeutung i.S. einer verrechtlichten Betrachtungsweise, und zwar durch das Papsttum – und es entbehrt nicht einer gewissen Ironie der Geschichte, daß die Erstarkung des Papsttums, das diesen selbstbewußten Auftritt allererst möglich gemacht hat, auf eine Initiative des deutschen Königs (Heinrich III.) zurückging.

Die Bischofsinvestitur wird in der päpstlichen Propaganda plötzlich zur unzulässigen Herrschaft eines Laien (denn dem König wird nunmehr jeglicher geistlicher Charakter abgesprochen[658]) über die Kirche; die seit Jahrhunderten geübte

654 H. Hoffmann – Grafschaften in Bischofshand.

655 C. Brühl – Fodrum, Gistum, Servitium regis; R. Schieffer, a.a.O. S. 6.

656 E. H. Kantorowicz – Laudes Regiae; R. Elze – Die Herrscherlaudes im Mittelalter; zu den *laudes* im Jahr 952 auf der Synode von Augsburg E.-D. Hehl – Die Synoden des ostfränkisch-deutschen und des westfränkischen Reichs im 10. Jahrhundert, S. 144.

657 Th. Kölzer – Artikel ›Adventus regis‹ *(Lexikon des Mittelalters);* vgl. auch Th. Zotz – Die Gegenwart des Königs.

658 S. Weinfurter – Canossa, insbes. S. 41 ff., S. 89, S. 115 und 174 ff.

lehnsähnliche Praxis des Gebens und Nehmens zwischen König und Bischof wird plötzlich zur Simonie, dem schlimmsten aller Verbrechen, dem Kauf geistlicher Ämter[659], und aus der Tatsache, daß die Königskrönung durch bischöfliche und die Kaiserkrönung durch päpstliche Hand vollzogen wird, leitet Papst GREGOR VII. gar die Befugnis ab, Könige und Kaiser nach Belieben abzusetzen und alle Eide zu lösen. Das alles führte, wie wir wissen, nach Canossa[660] – wo wir im barfüßig im Schnee stehenden HEINRICH IV. übrigens wieder eine *deditio,* einen rituellen Unterwerfungsakt, vor uns haben – und endet im *Wormser Konkordat*, dessen rein juristische Lösung schon einer Zukunft angehört, in der der Herrscher weitgehend seiner sakralen Aura entkleidet ist und neue Legitimationsstrategien aufgreift – die wiederum langfristig zum neuzeitlichen Staat führen sollten.

Vielleicht hat WIDUKIND VON CORVEY solches geahnt, als er in seiner *Sachsengeschichte* alle Elemente, die sich als Vermittlung der Herrschergewalt durch priesterliche Hand, insbesondere also die Salbung, deutlich herunterspielte, die weltlichen Aspekte der Herrschereinsetzung dagegen stark betonte – er ging soweit, die Kaiserkrönung des Jahres 962 in Rom durch Papst JOHANNES XII. ganz einfach zu verschweigen, und ließ das Heer OTTO schon 955 am Tag der Lechfeldschlacht zum Kaiser ausrufen[661]. Diesem säkularen Heerkaisertum, das unmittelbar an antike Vorbilder anzuknüpfen trachtete, schien das liudolfingische Königshaus aber selbst nicht anzuhängen, denn OTTO führt bis zur Kaiserkrönung den schlichten Titel *OTTO DEI GRATIA REX,* und erst danach nennt er sich *IMPERATOR AUGUSTUS.* Gleichzeitig wird am Wandel des Siegelbildes deutlich[662], daß auch das Kaisertum, das weniger in antik-imperialem Sinn aufgefaßt wurde, auch nicht, wie zur Karolingerzeit, als Gesamtherrschaft über alle fränkischen Teilreiche, in die sakrale Herrschervorstellung miteingebaut wurde, denn der Wandel des Siegels nach sechzigjährigem unverändertem Typus seit LUDWIG DEM KIND und KONRAD I. just mit der Krönung in Rom hin zu einer Motivik, die genau der der Herrscherbilder in den liturgischen Codices entsprach, läßt sich nicht anders deuten. Während die Herrscherbilder der zeichenhaften Kommunikation mit Gott dienten, denn die Bücher wurden ja, wie wir gesehen haben, in der Liturgie verwendet, waren nur am

---

659 So die Sicht in T. Schieffer – Heinrich II. und Konrad II.; dagegen H. Hoffmann – Mönchskönig und rex idiota, S. 61 ff.

660 S. Weinfurter – Canossa.

661 H. Keller – Widukinds Bericht über die Aachener Wahl und Krönung Ottos I., S. 397; Kritik an Kellers Ansichten bei L. Körntgen – Königsherrschaft und Gottes Gnade, S. 78 ff.

662 Zum folgenden ausführlich H. Keller – Ottonische Herrschersiegel; ders. – Zu den Siegeln der Karolinger und der Ottonen; ders. – Das neue Bild des Herrschers; F.-R. Erkens – Herrschersakralität im Mittelalter, S. 172 ff.

Altar für den Klerus und natürlich für den dort anwesend gedachten Christus sichtbar, nicht aber für eine breite Öffentlichkeit, dienten die gleichgestalteten Siegel der Kommunikation mit den Getreuen, denen als Urkundenempfänger nicht nur Privilegien, sondern mit dem Wachssiegel auch eine Selbstinterpretation des Königtums geliefert wurde[663].

In der gesamten Karolingerzeit finden sich ausschließlich Profildarstellungen des Herrschers auf den Siegeln (zu diesem Typus gehört auch noch das Königssiegel OTTOS I., das den Krieger betont – Schild und Lanze als Attribute). Mit den Siegeln nach der Kaiserkrönung von 962 erfolgt der abrupte Wechsel zur Frontaldarstellung: der Kaiser blickt den Betrachter direkt an – das ist sonst nur Christus und den Heiligen vorbehalten. Nach verschiedenen Varianten unter OTTO III. verfestigt sich das Siegelbild unter HEINRICH II. zum sog. ›Majestätssiegel‹, das den gleichbleibend frontal dargestellten Herrscher nun auf einem Thron zeigt, Weltkugel und Szepter in Händen, jetzt ganz analog zu den Bildern der Codizes (die im verborgenen entfaltete Idee tritt gewissermaßen nach außen und erreicht einen ausgewählten Adressatenkreis); die symmetrische Handhaltung ist die des offen betenden Priesters.

Die Form des Königssiegels hat sich in dieser Form damit auf Jahrhunderte hin stabilisiert, nicht jedoch das theologische Programm dahinter, das, einmal hervorgetreten, mit dem Investiturstreit den heftigsten Konflikt des Zeitalters provoziert hat, ein – wie GERD TELLENBACH es formuliert hat – »Ringen um die rechte Ordnung in der Welt«[664], in dem viele konfliktbezogene Zeichen zur Anwendung kamen, der aber in der Hauptsache ein Konflikt um Zeichen war.

663 H. Keller – Schriftgebrauch und Symbolhandeln in der öffentlichen Kommunikation, S. 14.

664 G. Tellenbach – Libertas, S. 1.

# III. Der Rechtsbegriff der Rechtsgeschichte

Die Anwendung des modernen Rechtsbegriffs auf das Frühmittelalter hat zumindest zweierlei zum Vorschein gebracht: (1) eine Strukturvielfalt, deren Komplexität nicht unterschätzt werden darf und die im Verhältnis zu moderner Staatlichkeit erhebliche ›Fremdartigkeit‹ aufweist, und (2) eine umfangreiche Indiziensammlung für die Vermutung, daß es keinen gangbaren Weg darstellt, Recht im Früh- und Hochmittelalter als System von Normen zu konzipieren. Was also ist zu tun?

Sucht man nach Auswegen in der Gestalt alternativer Rechtsbegriffe, dürften auch folgende – vielleicht naheliegende – Wege ebenfalls versperrt sein: (a) von der Dynamik der Normensysteme abzusehen und mittelalterliches Recht statisch als sog. Primärregelmodell zu beschreiben, (b) mittelalterliches Recht, wenn schon nicht als positives, so doch als eine Variante des Naturrechts anzusehen oder (c) zu versuchen alles, was nicht ohnehin Schriftrecht ist, durch eine ergänzende Theorie des Gewohnheitsrechts zu erfassen.

a) Primärregelmodelle bzw. statische Normmodelle, also solche, die keine selbstreflexive Ebene aufweisen, mit der Normen die Entstehung von Normen regeln, wie sie von Hart bzw. Kelsen vorgeschlagen wurden[1], sind nicht auf das mittelalterliche Recht zugeschnitten, sondern fungieren als Grenz- und Kontrastbegriffe, um die Wirkungsweise der Normendynamik, auf die es den Autoren eigentlich ankommt, besser herausstreichen zu können. Die Vorstellung ist dabei die, es gäbe eine Demarkationslinie zwischen primitivem Recht (bzw. dem Recht der Primitiven), das ausschließlich aus Verhaltensnormen (Primärregeln) besteht, und elaboriertem Recht, das mittels Sekundärregeln seine eigene Setzung regelt.

Hart meint, daß »primitive communities« mit einer »social structure as one of primary rules of obligation«[2] denkbar seien, also Gesellschaften, so einfach, daß sie ohne Sekundärregeln auskommen. Das mittelalterliche Recht weist zwar gewisse i.d.S. ›primitive‹ Züge auf, knüpft aber gleichzeitig auch an die durchaus elaborierte antike Rechtstradition an. Überdies ist die Vorstellung vom statischen Charakter des Mittelalters zwar eine landläufige, aber nichtsdestotrotz eine zu korrigierende[3]. Das Mittelalter kannte viefältige Weisen, wie neues Recht zu-

1 H. Kelsen – Reine Rechtslehre, S. 198; H.L.A. Hart – The Concept of Law, S. 91 ff.

2 H.L.A. Hart – The Concept of Law, S. 91.

3 O.G. Oexle – Deutungsschemata der sozialen Wirklichkeit im frühen und hohen Mittelalter, S. 67 ff.

stande kommt, sei es durch Vertrag, gerichtlichen Vergleich, Rechtsbesserung, gewillkürte Normsetzung oder in bescheidenem Umfang auch heteronome Gesetzgebung. Insgesamt ergibt sich daraus ein komplexes Verhältnis von Altem und Neuem im Recht[4], in dem ein Bewußtsein der Fungibilität, d.h. der expliziten Verfügbarkeit und Disponibilität des Rechts zu beliebiger Änderung, zwar fehlt – dieses Moment betont über die Maßen die Rechtslehre Fritz Kerns[5] –, dem aber zugleich eine erstaunliche Flexibilität zur Anpassung an geänderte Verhältnisse zugeschrieben werden kann. Diese letztgenannte Eigenschaft verdankt sich u.a. der beschränkten Gebundenheit an Rechtstexte bzw. dem oralen Auslegungsparadigma. Bezeichnend ist, daß Auslegung gemäß diesem Paradigma nicht auf die normative Sphäre beschränkt ist, sondern in einem gewissen Sinn allumfassend ist insoweit das vermeintlich zu harten Tatsachenkomplexen geronnene Feld ›vergangener Ereignisse‹ so unumstößlich nicht ist, daß es gegen eine systematische Umdeutung *ex post* völlig immunisiert wäre, oder wie Hanna Vollrath es ausdrückt: »Die Vergangenheit ist nicht abgeschlossen und damit der Veränderbarkeit entzogen, sondern steht im unmittelbaren Funktionszusammenhang mit der Gegenwart. Sie ist Erklärung, Legitimation der Gegenwart. Ändert sich die Gegenwart, so muß sich auch die Vergangenheit ändern«[6]. Für die mittelalterliche Rechtswelt resultiert daraus ein bedeutender Mechanismus zur Anpassung an geänderte Lagen, dem so durch Justierungen an beiden Komponenten der ›Norm‹ offenstehen, dem Tatsachenbereich und dem Rechtsfolgenbereich.

Die eigentliche *crux*, mittelalterliches Recht als einen Komplex allein von Primärregeln zu beschreiben, liegt darin, daß das intendierte positivistische Modell, Rechtsregeln mittels eines Herkunftstests zu eruieren, unter strengem Verzicht auf sekundäre Regeln, die Entstehen, Vergehen und Geltung der primären Verhaltensregeln auf positiver Ebene rechtlich determinieren, nicht funktionieren kann[7]. Ein

4 Dazu R. Sprandel – Über das Problem neuen Rechts im früheren Mittelalter; R. Winterswyl – Das neue Recht; J. Spörl – Das Alte und das Neue im Mittelalter; H. Krause – Dauer und Vergänglichkeit im mittelalterlichen Recht; H.M. Klinkenberg – Die Theorie der Veränderbarkeit des Rechts im frühen und hohen Mittelalter; E.-W. Böckenförde – Der Rechtsbegriff in seiner geschichtlichen Entwicklung.

5 F. Kern – Über die mittelalterliche Anschauung vom Recht; ders. – Recht und Verfassung im Mittelalter. Zur Kritik an Kerns Position zuletzt J. Rückert – Die Rechtswerte der germanistischen Rechtsgeschichte im Wandel der Forschung; ähnlich schon ders. – Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive, S. 23 ff.; J. Liebrecht – Das ›gute alte Recht‹ in der rechtshistorischen Kritik; D. Willoweit – Vom guten alten Recht.

6 H. Vollrath – Das Mittelalter in der Typik oraler Gesellschaften, S. 575. Zum ganzen Komplex ›Geschichte, Gedächtnis, Erinnerung‹ siehe J. Fried – Der Schleier der Erinnerung.

7 Joachim Rückert, der Harts Ansatz ausdrücklich empfiehlt, sieht deshalb auch schon für das frühmittel-

Herkunftstest muß versagen, weil alle Verhaltensregeln gleichsam unmittelbar im selben sozialen Boden geteilter Anerkennung verwurzelt sind und nicht formal durch Nachvollzug ihrer korrekten Setzung ableitbar sind. HART selbst sieht darin einen der Defekte reiner Primärregelsysteme des Rechts: »Hence if doubts arise as to what the rules are or as to the precise scope of some given rule, there will be no procedure for settling this doubt, either by reference to an authoritative text or to an official whose declarations on this point are authoritative«[8]. Mit der rechtlichen Regelung normklärender Verfahren (z.B. im Ding) wäre also die Ebene der Sekundärregeln schon erreicht.

*b)* Das Recht des frühen Mittelalters nicht nach dem Modus eines Normensystems als positives Recht behandeln zu können bedeutet nicht, daß es deswegen sinnvoll ist, es gemäß dem Gegensatzpaar *positives Recht – Naturrecht* umgekehrt als Naturrecht begreifen zu wollen. Der Hauptgrund dafür ist, daß das Begriffspaar *ius naturale – ius positivum* erst im 12. Jahrhundert in französischen Legistenkreisen aufkommt. Der erste Beleg findet sich bei PETRUS ABAELARDUS in dessen *Collationes sive Dialogus inter Philosophum, Iudaeum et Christianum*, an dem er vor seinem Tod 1142 gearbeitet hat; dort heißt es: »*Ius quippe aliud naturale, aliud positivum dicitur*«[9]. Das Begriffspaar ist historisch nicht weiter zurückverfolgbar[10]. Die Naturrechtslehre, die auf diese Unterscheidung hin entwickelt wurde, divergiert vor allem im Naturrechtsbegriff von der Verwendung von *ius naturale* bzw. *lex naturalis* in den Jahrhunderten davor. Insbesondere bei THOMAS VON AQUIN wird das Naturrecht zum *Maßstab* für das positive Recht, und letzterem wird nur noch ergänzende Funktion zuerkannt[11]. Naturrecht hat hier eindeutig die übergeordnete Stellung, und das bleibt auch in der weiteren Entwicklung bis in die Neuzeit so bestehen, bis mit dem Rechtspositivismus die Existenz einer solchen übergeordneten Rechtsschicht überhaupt bestritten wird. *Lex naturalis* dagegen, wie es im 11. Jahr-

---

alterliche Recht ein Zusammenwirken primärer und zumindest ansatzweise ausgebildeter Sekundärregeln am Werk; ders. – Rechtsbegriff und Rechtsbegriffe, S. 601 f.

8 H.L.A. Hart, a.a.O. S. 92.

9 A.a.O. S. 186 (»Das eine Recht nämlich wird natürlich, das andere positiv genannt.« A.a.O. S. 187); dazu S. Kuttner – Repertorium der Kanonistik, S. 175 f.; S. Gagnér – Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung, S. 211 ff.

10 H.M. Klinkenberg – Homo faber mentalis, S. 253. Sten Gagnér sieht eine Vorstufe im Begriffspaar *positiva iustitia – naturalis iustitia* im Timaioskommentar des Chalcidius, dessen Rezeption so wesentlich für den Platonismus des 12. Jahrhunderts war, S. Gagnér, a.a.O. S. 255 f.

11 Dabei wird von Thomas das Naturrecht selbst, nicht nur das positive Recht, als eine geschichtlich wandelbare Größe konzipiert; siehe L. Honnefelder – Naturrecht und Normwandel bei Thomas von Aquin und Johannes Duns Scotus.

hundert verwendet wird, kennt diese Funktion nicht; eher schon hat es die Bedeutung von Naturgesetz als von übergesetzlichem Maßstab. Insbesondere das Nichtgebundensein Gottes an die Gesetze der Natur wird auf diese Weise ausgedrückt, etwa »daß die Jungfrau Maria *contra legem naturae* Jesus den Christus empfangen [… hat], der dann selbst *contra legem naturae* auferstanden und zum Himmel aufgefahren [ist]«[12]. Die Verwendung von *ius naturale* kreist meist um das Recht von Familienbeziehungen[13] und steht in der Tradition ULPIANS, der »im Naturrecht ein Mensch und Tier gemeinsames ›Recht‹ sieht«[14]. Das Naturrecht ist damit »nur die unterste, die allgemeinste und geringste Form von Recht«[15] und wird vom *ius gentium* und erst recht vom *ius civile* verdrängt, die höherrangig sind. So kann ein Mensch naturrechtlich frei sein und nach ›Völkerrecht‹ oder Zivilrecht dennoch ein Sklave und damit rechtlich nicht einmal Person sein, sondern Ding. Die naturrechtliche Freiheit wird hier suspendiert. Die bei THOMAS VON AQUIN zu findende Vorstellung, daß ein dem Naturrecht widerstreitendes Gesetz gar keines sei[16], gilt für diese Traditionslinie demnach nicht. Neben dieser paganen Stufenfolge gibt es auch eine christlich konnotierte, in der die aufsteigende Abfolge *lex naturalis – lex Moysi – lex Christi* (bei ORIGENES[17]) dem Naturrecht ebenfalls die geringste Stufe zuweist. Die selektive Verwendung von *ius naturae* im 11. Jahrhundert – die mehr der Welt der Traktate angehört als der der Rechtspraxis – verbietet es jedenfalls, Recht und Naturrecht gleichzusetzen; man wird in weiten Bereichen viel eher von einem ›Rechtsbewußtsein‹ auszugehen haben, das dieser Differenzierung in jeder Hinsicht entbehrt, also weder ein an einem höherrangigen Rechtssystem zu messendes Recht kennt noch das Recht, nach dem gelebt wird, als legitimiert durch die Natur versteht. Die Vielfalt von *lex, ius, mos, consuetudo* etc. war den Menschen wohl schlicht ›Recht‹ bzw. rechtliche ›Ordnung‹ und hat in keiner Weise etwas mit einer naturrechtlichen Systematik zu tun.

*c)* »Bis zum Ausgang des Mittelalters war das Recht der deutschen Nation und ihrer Theile ganz überwiegend gewohnheitsrechtlichen Ursprungs«[18]. Diese 1899 von SIEGFRIED BRIE vorgetragene Auffassung verzeichnet mehr, als sie erklärt, denn

---

12 H. Dickerhoff – Wandlungen im Rechtsdenken der Salierzeit am Beispiel der lex naturalis und des ius gentium, S. 455.

13 A.a.O. S. 453 ff.

14 R. Weigand – Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus, S. 65.

15 H.M. Klinkenberg, a.a.O. S. 256.

16 S. Gagnér, a.a.O. S. 189.

17 H. Dickerhoff, a.a.O. S. 459.

18 S. Brie – Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, S. 202.

der dieser Lehre zugrunde liegende Gewohnheitsrechtsbegriff ist ganz dem positivistischen Gesetzesbegriff nachgebildet, dessen weitgehende Unanwendbarkeit für das Mittelalter aber konzediert wird, indem ›Gewohnheitsrecht‹ als notwendiges Surrogat für das nichtgreifbare Gesetzesrecht betrachtet wird. Gerade derlei Ersatzkonstruktion wird heftig von Jürgen Weitzel kritisiert:

»Auf dem Hintergrund des heutigen Rechtsverständnisses geschieht nun folgendes: Der Leser erkennt objektives und subjektives Recht als ihm vertraute Größen und bezieht sie auf eine Rechtsordnung, die er sich zwar nicht als eine geschriebene, sondern als eine ›gewohnheitsrechtliche‹ vorstellt. Dieses ›Gewohnheitsrecht‹ aber sieht er, trotz oder gerade wegen seiner Schriftlosigkeit, als ›Ersatz‹ für ein ›an sich‹ vorhandenes Schriftrecht, das sein Denken gefangen hält. Er unterstellt, es existiere und funktioniere in Analogie zu einer schriftlich festgestellten Legalordnung. In Wahrheit gibt es ein Gewohnheitsrecht nach Art der klassischen Theorie der Legisten und Kanonisten im fränkisch-deutschen Mittelalter […] gar nicht.«[19]

Solchermaßen konzipiertes ›Gewohnheitsrecht‹ nimmt keinerlei Rücksicht auf die mündliche geprägte Rechtskultur des Mittelalters, sondern entspricht in Struktur und Eigenart ganz dem modernen in den Stufenbau der Normenordnung eingebauten Gewohnheitsrecht, zu dem Karl Kroeschell bemerkt: »Hinsichtlich der Normqualität gibt es also keinen Unterschied zwischen dem geschriebenen Gesetzesrecht und dem ungeschriebenen Gewohnheitsrecht«[20]. Dem Schema von *Norm* und *Geltung* korrespondieren darum *äußere* und *innere* Entstehungsbedingungen, so daß mit *temporis diuturnitas* und *opinio necessitats* auf abstrakte Rechtsregeln gemünzte Geltungsbedingungen substituieren, was bei den ebenso abstrakten Rechtsregeln des positiv verschrifteten Gesetzesrechts Normsetzungswille und Promulgation leisten. Daß das Gesetzesrecht das alleinige Maß für das Gewohnheitsrecht darstellt, wird auch deutlich, wenn Brie festhält, daß im Mittelalter dem Gewohnheitsrecht »eine mit der Kraft des Gesetzes zum mindesten gleiche Kraft« zugeschrieben wurde und er die vorhandene oder nicht vorhandene Derogationskraft in Bezug auf Gesetze diskutiert[21]. Dieter Nörr spricht im Zusammenhang mit dieser positivistischen, der vorangehenden Lehre der *Historischen Rechtsschule* entgegenstehenden Auffassung, daß »das Gewohnheitsrecht so, wie wir es in unseren Lehrbüchern wiederfinden, nur mehr aus Rechtssätzen bestehen kann, die den geschriebenen Rechtsnormen strukturell gleich sind« von

19 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 1344 f.

20 K. Kroeschell – Der Rechtsbegriff der Rechtsgeschichte, S. 311.

21 S. Brie, a.a.O. S. 251 ff.

einer »Verflachung der Lehre vom Gewohnheitsrecht«[22]. Vor allem aber wird mit einem einheitlichen Geltungsbegriff für beide Arten von Recht operiert, woraus folgt, daß alle festgestellten Unzulänglichkeiten der Normensystemkonzeption auch von dieser Art von Gewohnheitsrecht geteilt werden.

Die Rechtsgeschichte hat darum aus vielfach spürbarem Unbehagen gegenüber einem positivistischen Gewohnheitsrechtsbegriff versucht einen adäquaten Gegenbegriff zu entwickeln, der seit einem Vorschlag Karl Kroeschells[23] unter der Bezeichnung ›Rechtsgewohnheit(en)‹ diskutiert wird; Reiner Schulze erläutert den Unterschied folgendermaßen:

»Im Unterschied zum Gewohnheitsrecht unserer Zeit müßte sich das Verständnis der ›Rechtsgewohnheiten‹ für den Großteil des Mittelalters dabei aus der Begrifflichkeit einer Rechtskultur lösen, die das Recht in erster Linie als *ius scriptum* erfährt und es zum System von ›Rechtsvorschriften‹ ausgestaltet hat. ›Rechtsgewohnheiten‹ wären vielmehr als Bestandteile einer Kultur zu begreifen, in der Rechtsentwicklung und gerichtliche Streitentscheidung weithin noch nicht durch Gesetzgebung und Rechtswissenschaft vorgeprägt sind und nicht auf den damit verbundenen, schriftlichen Darstellungsweisen des Rechts als Gesetz, als Begriff und System beruhen.«[24]

Der Begriffsbildung folgte aber keine über die Darstellung einer Programmatik hinausgehende theoretische Durcharbeitung[25]; es wurde damit lediglich dem Zweifel am Normcharakter mittelalterlichen Rechts ein Name gegeben[26] bzw. sollte »die

22 D. Nörr – Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie, S. 365.

23 K. Kroeschell, a.a.O. S. 314.

24 R. Schulze – ›Gewohnheitsrecht‹ und ›Rechtsgewohnheiten‹ im Mittelalter, S. 13.

25 Auch die Rezeption des Begriffs erfolgt z.T. halbherzig und ohne die eigentliche Pointe der Begriffsbildung zu würdigen. So übernimmt etwa Roy Garré den Begriff ›Rechtsgewohnheit‹ in seiner Arbeit über die *consuetudo* in sein begriffliches Arsenal, scheint aber darin doch bloß eine frühe, etwas ungestüme und noch nicht gezähmte Form von Gewohnheitsrecht mit »konturenlose[r] Dimension« (ders. – Consuetudo, S. 41) in einer »Grauzone zwischen Tatsachen und Recht« (a.a.O. S. 53) zu sehen. In den Grundfesten bleibt er ganz dem Norm/Geltungs-Paradigma verhaftet (a.a.O. S. 15ff.), spricht z.B. in der archaischen Phase der Rechtsgeschichte Roms von den Rechtsgewohnheiten als »sozialer Urnorm« (a.a.O. S. 34), andererseits vom »›wilde[n]‹ Gewohnheitsrecht des Frühmittelalters« (a.a.O. S. 59), das in der weiteren Entwicklung »in rationale Bahnen gelenkt« worden sei. Auf die ganz andere, an der wesentlichen Schriftlosigkeit dieses Rechtstypus zu messenden Gestalt der Rechtsgewohnheiten, deren Begriff gebildet wurde, um alle Allusionen ans Schriftrecht und dessen inwendige Logik abzustreifen, wird nicht eingegangen.

26 »Es sind anhand mancher Beobachtungen Zweifel entstanden, ob man innerhalb der Gewohnheitsordnung überhaupt von Normen sprechen kann, ob nicht die Begleitung eines Konfliktfalles aus einem anderen Bewußtseinshintergrund erfolgt als dem, die Lösung sei aus einer Norm – welcher Art oder Abstraktionsgrades auch immer – abzuleiten. Auch wenn man Gründe hat, hier von Recht zu sprechen,

> Bezeichnung als Rechtsgewohnheit […] in der Tat einen Ausdruck der Verfremdung gegenüber ›Gewohnheitsrecht‹ und gleichzeitig der Abgrenzung und Präzisierung der wissenschaftlichen Terminologie darstellen. Quellengemäß für die ältere Zeit ist beides nicht. Im lateinischen Sprachgebrauch der Quellen steht *consuetudo* und daneben *mos*, *usus* u.ä.«[27]. ›Rechtsgewohnheit‹ ist also ein Abgrenzungsbegriff aus theoretischer Distanz sowohl zum modernen Gewohnheitsrecht als auch zu den Quellenbegriffen, die aber mit seiner Hilfe gedeutet werden sollen. Eine eigene ›Gewohnheitsrechtstheorie‹ entsteht erst mit Gratian, der kirchenrechtliche Text »zu Bausteinen einer Theorie der *consuetudo* […] zusammenfaßt«[28].

Alternative Ansätze sind also andernorts zu suchen, und dabei hat der Begriff der Rechtsgewohnheiten jedenfalls wegweisende Funktion. Im folgenden soll nun erst im siebenten Kapitel dem Begriff der Rechtsgewohnheit als dem Rechtsbegriff der jüngeren Rechtsgeschichte für das ungelehrte Recht in drei Erscheinungs-, Deutungs- und Entwicklungsformen (Kroeschell, Dilcher, Weitzel) nachgegangen und danach im achten Kapitel versucht werden, an Rechtstheorien anzuknüpfen, die ihrerseits eine fundamentale Kritik des Rechtspositivismus (aber nicht aus einer naturrechtlichen Perspektive) zum Ziel haben und die Konzeption vom Recht als Normensystem an der Wurzel in Zweifel ziehen (Dworkin, Schmitt).

## (7) ›Rechtsgewohnheiten‹

### *Der Rechtsbegriff Karl Kroeschells*

Karl Kroeschells Rechtsbegriff formiert sich entlang der Stationen seiner streitbaren Kritik an theoretischen Konstruktionen der älteren Verfassungs- und

---

so ist jedenfalls seine Qualität gänzlich anders als diejenige der dem Juristen geläufigen Rechtsordnungen, auch der eines schriftlich fixierten Case Law. Die Verbindung von sozialer Lebensordnung und Konfliktbeilegung ist also möglicherweise anders zu denken als über Aufstellung und Anwendung einer Norm.« G. Dilcher – Mittelalterliche Rechtsgewohnheit als methodisch-theoretisches Problem, S. 38. In eine ähnliche Richtung gehend K. Kroeschell – ›Rechtsfindung‹, S. 516: »Es gab im deutschen Mittelalter also nichts, was der modernen Vorstellung von der Rechtsfindung als der Gewinnung objektiver Normen des materiellen Rechts entsprochen hätte.« Siehe auch H. Vollrath – Rechtstexte in der oralen Rechtskultur des frühen Mittelalters, S. 335 f.

27 A.a.O. S. 30.

28 U. Wolter – Die ›consuetudo‹ im kanonischen Recht bis zum Ende des 13. Jahrhunderts; über das Nebeneinander von Kanonistik und volksrechtlichen Gewohnheiten siehe W. Trusen – Gutes altes Recht und consuetudo.

Rechtsgeschichte, wie der ›Sippe‹, der ›Treue‹, der ›Herrschaft‹ oder dem ›Haus‹ (als Grundlage aller Formen von Herrschaft). Kroeschells Kritik ist darauf angelegt, die jeweiligen Vorstellungen grundsätzlich und in ihrem Kern zu erschüttern und zu revidieren[29]: so erweist sich nach seinen Ausführungen die Vorstellung einer agnatisch strukturierten Sippe als Träger des Fehderechts als ebenso irrig[30] wie die Annahme, die Hausherrschaft sei der Ursprung aller mittelalterlichen Herrschaftsformen[31]. Insbesondere den versatzstückartigen Merkmalen einer spezifisch ›germanischen Rechtsidee‹[32] ist seine »lange, eindringliche Arbeit an der Selbstanalyse der germanistischen Rechtsgeschichte«[33] gewidmet, so daß nach und nach Elemente wie die ›Gefolgschaft‹, die ›Treue‹[34], die ›Friedlosigkeit‹[35], die Existenz eines besonderen germanischen Eigentumsbegriffs[36], sowie die Orientierung germanischen Rechts an Alter und Güte[37] oder die sog. ›Rechtsfindung‹ einer gründlichen Demontage unterzogen werden[38].

An letztgenannten Begriff der ›Rechtsfindung‹ bzw. eigentlich an dessen quellenmäßiger Unaufspürbarkeit mindestens im Früh- und Hochmittelalter werden von Kroeschell Folgerungen für den mittelalterlichen Rechtsbegriff von erheblicher konzeptioneller Reichweite geknüpft. Gefunden werde im Mittelalter nicht das Recht, sondern allenfalls das Urteil – so z.B. im Sachsenspiegel[39] –, und auch das nicht in allen Regionen, denn in der sprachgeographischen Verteilung fänden sich auch Wendungen wie das Urteil ›*weisen*‹, bzw. ›*geben*‹, ›*sprechen*‹, ›*erteilen*‹ u.s.w.[40], Formen, deren gemeinsamer Ausdruck es sei, gerade nicht auf das Recht in einer

29 *Quasi* als zusammenfassende Zwischenbilanz seines Unternehmens siehe K. Kroeschell – Germanisches Recht als Forschungsproblem.

30 K. Kroeschell – Die Sippe im germanischen Recht.

31 K. Kroeschell – Haus und Herrschaft im frühen deutschen Recht.

32 Wie sie etwa noch durch H. Planitz, K.A. Eckhart – Deutsche Rechtsgeschichte, S. 11–65, repräsentiert wird.

33 G. Dilcher – Warum mittelalterliche Rechtsgeschichte heute?, S. 5 FN 7.

34 K. Kroeschell – Die Treue in der deutschen Rechtsgeschichte.

35 K. Kroeschell – Germanisches Recht als Forschungsproblem, S. 76 ff.

36 K. Kroeschell – Zur Lehre vom ›germanischen‹ Eigentumsbegriff.

37 »Eine herkömmliche germanisch-deutsche Vorstellung vom unveränderlichen, guten alten Recht ist nicht zu erkennen.« K. Kroeschell – Recht und Rechtsbegriff im 12. Jahrhundert, S. 326.

38 In letzter Konsequenz mußte die von Kroeschell und anderen initiierte begriffs- und ideologiekritische Bewegung den Begriff des ›Germanischen‹ selbst erreichen und in Frage stellen, so zuletzt bei J. Jarnut – Germanisch. Plädoyer für die Abschaffung eines obsoleten Zentralbegriffes der Frühmittelalterforschung; darin zu Kroeschell S. 76 FN 21.

39 K. Kroeschell – ›Rechtsfindung‹, S. 502.

40 A.a.O. S. 504 f.

Weise Bezug zu nehmen, als »gehe [es] hier um das Finden und Herausheben von etwas Vorgegebenem«[41]. Unübersehbar sei, daß »aus diesen Wendungen ein ganz anderes Verständnis von Recht spricht, als wir es voraussetzen, wenn wir in der modernen Jurisprudenz von ›Rechtsfindung‹, vom ›Finden‹ des Rechts reden. Hier ist das Recht das Objekt des Findens; es hat objektiven Charakter«[42]. Die begriffliche Distanz des mittelalterlichen Rechts (*ius* bzw. *reht*) ist für Kroeschell ganz wesentlich eine zum Merkmal der Objektivität im modernen Recht, in dem »wir uns das objektive Recht, die Rechtsnorm als dasjenige vor[stellen], was es zu finden gilt. So spricht die moderne Methodologie bisweilen statt von der ›Rechtsfindung‹ von der ›Normgewinnung‹«[43]. *Ius* hätte bereits in der Spätantike eine Einengung auf eine rein subjektive Bedeutung erfahren und dieser Prozeß ins Mittelalter hinein seine Fortsetzung gefunden[44]; in vergleichbarer Weise wäre auch *reht* keine objektive Bedeutung zugekommen im Gegensatz zur objektiven Bedeutung des Begriffs *lex*[45] (als Entsprechung von *êwa*), die über verschriftetes Recht *(lex scripta)* hinausgehend auch auf das ungeschriebene »tatsächlich geübte Recht«[46] sich beziehen könne. So sei, wenn »man im Mittelalter sagt, man finde ›zu Rechte, nach Rechte, durch Rechte‹!«[47], das mittelalterliche Recht weder dem Quellenbegriff noch der Sache nach als eine Masse vorgegebener Normen zu verstehen: »Das Recht, von dem hier die Rede ist, ist nicht objektiver Natur. Es bezeichnet vielmehr eine Modalität, eine Qualität des Urteilens«[48]. Interessant an diesen Ausführungen ist, daß in der Folge

41 A.a.O. S. 503 f.

42 A.a.O. S. 508.

43 A.a.O. Vgl. K. Kroeschell. – Recht und Rechtsbegriff im 12. Jahrhundert, S. 314 f.

44 K. Kroeschell – ›Rechtsfindung‹ S. 509 f. Dieser Auffassung ist Gerhard Köbler entgegengetreten: »Zwar trifft es zu, daß die […] Abwendung des Begriffs *ius* von der Bedeutung Rechtsordnung, Recht im objektiven Sinn sich auch im Frühmittelalter fortsetzt. Aber [… es] ist jedenfalls festzustellen, daß die objektive Bedeutung von *ius* niemals, vor allem nicht im Hochmittelalter untergegangen ist.« G. Köbler – Das Recht im frühen Mittelalter, S. 226. Kroeschell spricht dagegen von einer »Rückkehr von *ius* zu der verlorenen objektiven Bedeutung« erst im 12. Jahrhundert, ders. – Recht und Rechtsbegriff im 12. Jahrhundert, S. 326.

45 K. Kroeschell – ›Rechtsfindung‹, S. 511. »*Lex* ist also objektives Recht, wenn auch in einem anderen, konkreteren Sinne als die abstrakte Rechtsnorm unserer Zeit.« Ders. – Recht und Rechtsbegriff im 12. Jahrhundert, S. 320. Vgl. G. Köbler – Das Recht im frühen Mittelalter, S. 76 ff. u. S. 223 ff. Zum Vergleich der Ergebnisse von Kroeschell und Köbler siehe J. Liebrecht – Das ›gute alte Recht‹ in der rechtshistorischen Kritik, S. 198 f.; J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 1364 f. Zur Diskussion um die Existenz objektiven Rechts im Mittelalter B. Kannowski – Rechtsbegriffe im Mittelalter, S. 14 ff.

46 K. Kroeschell – ›Rechtsfindung‹, S. 512.

47 A.a.O. S. 508.

48 A.a.O. Vgl. K. Kroeschell – Recht und Rechtsbegriff im 12. Jahrhundert, S. 317.

nicht nur kein begrifflicher Zusammenhang zwischen dem Maßstab und den Anforderungen, die ein ›rechtes‹ Urteil im genannten Sinn zu einem ›richtigen‹ Urteil machen, hergestellt wird – es könnte ja der inhaltliche Maßstab sich wieder letztlich wieder mit dem identifizieren lassen, was dem modernen Verständnis objektives materielles Recht ist –, sondern, daß es für Kroeschell in einer »Überinterpretation des Verfahrensaspektes«[49], wie Jürgen Weitzel kritisierend anmerkt, einen solchen Maßstab in materieller Hinsicht gar nicht gegeben hat[50]. Der Ausdruck ›rechtmäßig‹ erlangt somit die ganz enge Bedeutung von »gerichtsförmig, durch Gerichtsspruch«[51]. Die Richtigkeit sei ausschließlich eine des Verfahrens, Recht habe keinen materiellen Gehalt und erschöpfe sich darin, das (gerichtliche) Verfahren zu regeln, lautet seine These, an der er durch alle seine Arbeiten hindurch festhält[52].

In engem Zusammenhang mit der Auffassung, es hätte im frühen Mittelalter keine materielle Rechtsordnung gegeben, steht die Lehre vom Formalcharakter des gerichtlichen Urteils: »Die Urteile des frühen deutschen Rechtes hatten nämlich lediglich prozessualen Charakter. Das Urteil schuf nicht einen bestimmten materiellen Rechtszustand; vielmehr legte es nur fest, wie weiter prozessiert werden sollte«[53] bzw. »[…] daß sich der frühe Prozeß mit der materiellrechtlichen Berechtigung der Klage gar nicht befaßt, sondern damit begnügt, die Beweisrolle zuzuteilen«[54]. Eines ist es

49 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 1374 FN 46.

50 »Nicht die Vorstellung, daß die Ausübung einer subjektiven Berechtigung dem objektiven Recht entspreche und durch es gedeckt werde, liegt hier zu Grunde, sondern die schlichtere Auffassung, daß man richtig handle, wenn man sein *kiuualt* wahrnehme.« A.a.O. Auch dieser Einschätzung widerspricht Köbler explizit: »Dabei trifft es durchaus zu, daß das *reht* […] nicht die geltende Rechtsnorm im objektiven Sinn sei. Aber *reht* steht andererseits zu dieser Zeit nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Streitbeendigungsverfahren. […] Vielmehr bedeutet *mit rehte* vor allem *iure* im Sinn von *cum iustitia*. Das bedeutet jedoch, daß […] eine frühmittelalterliche Vorstellung von *reht* als dem Richtigen, also eine Art Gerechtigkeitsvorstellung, durchaus existierte. Die Beurteilung ganz bestimmter Geschehnisse als *mit rehte* realisiert setzt einen einschlägigen Maßstab einfach voraus.« G. Köbler – Das Recht im frühen Mittelalter, S. 226 f. Kroeschell beharrt in Kenntnis dieser Einwände ausdrücklich auf seiner Position; siehe ders. – ›Rechtsfindung‹, S. 510 FN 66.

51 A.a.O. S. 510 f.

52 Kritisch dazu J. Weitzel – Recht und Spruch der Laienurteiler, S. 57 ff.

53 K. Kroeschell – ›Rechtsfindung‹, S. 513 f. Ähnlich in ders. – Rezension zu ›G. Dilcher et al. (Hrsg.), Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter‹, S. 430: »Vor allem aber sind Urteile […] Feststellungen über die im Prozeß jeweils bestehende Rechtslage und das weiter zu befolgende Verfahren.«

54 K. Kroeschell – Rezension zu ›H. Mordek (Hrsg.), Überlieferung und Geltung normativer Texte des frühen und hohen Mittelalters‹, S. 337, mit Berufung auf C. Schott – Zur Geltung der Lex Alamannorum; dazu B. Kannowski, a.a.O. Siehe auch G. Dilcher – Bildung, Konstanz und Wandel von Normen und Verfahren im Bereich mittelalterlicher Rechtsgewohnheit, S. 191.

aber, dem Urteil materiellrechtliche Gestaltungswirkung zu versagen[55], weil diese Funktion dem noch hinzutretenden Urteilserfüllungsgelöbnis *(fides facta)* zukam, etwas anderes aber, daß das Urteil in seiner konkreten Form nicht aus generellem materiellen Recht hergeleitet worden ist, wie Kroeschell darlegt. Eine Wendung in Richtung auf das moderne Verständnis von Recht sei erst im Zuge der »Rationalisierung des Rechts« im 12. Jahrhundert zu erkennen: »Wenn der Rechtsspruch der Schöffen und anderer Urteilsfinder seit alters nur formalen, nämlich prozessualen Charakter hatte – wenn er darüber befand, wie weiter zu verfahren war: wer auf welche Art leisten durfte, wer sich dem Gottesurteil unterziehen oder andernfalls sich zur Bußleistung verpflichten mußte –, so nahm er nun materielle Bedeutung an«[56].

Auffallend an der methodischen Herangehensweise Kroeschells ist, daß durch die Nähe zur Quellensprache in seiner Kritik der Wendung ›Recht finden‹ nicht der Frage nachgegangen wird, ob und inwieweit ›Recht‹ als der die ganze Vielfalt von *ius*, *potestas*, *lex*, *mos*, *usus*, *consuetudo* etc. repräsentierender Komplex ›gefunden‹ werden kann, sondern nur das quellensprachliche *reht* bzw. *ius* untersucht und bei diesen zudem auch noch aus den von Köbler gezeigten komplexen Bedeutungsvarianten nur ein kleiner Ausschnitt herausgegriffen wird. Zwar wird auf die mangelnde Deckungsgleichheit auch von Kroeschell mit der Bemerkung hingewiesen, »daß eine einfache Gleichsetzung von *ius* und Recht eine unzulässige Vereinfachung wäre«[57], doch bleiben bei ihm die Quellenbegriffe methodisch isoliert, und eine Inbeziehungsetzung mit korrespondierenden modernen Begriffen wird, wenn man seine Ausführungen zur rechtsgeschichtlichen Begriffsbildung (im III. Teil von *Haus und Herrschaft im frühen deutschen Recht*) hinzunimmt, ausdrücklich abgelehnt[58]. So bleibt der Eindruck, als

55 »Auch die Bußzahlung erscheint also nicht als eine nach materiellem Recht obliegende Verpflichtung, sondern als weitere Verfahrenshandlung.« K. Kroeschell – ›Rechtsfindung‹, S. 515.

56 K. Kroeschell – Deutsche Rechtsgeschichte I, S. 267 f. Zur Diskussion materiellrechtlicher Aspekte im Zusammenhang mit verfahrensrechtlichen Regelungen schon im Recht des 11. Jahrhunderts (namentlich im *Wormser Hofrecht*) vgl. G. Dilcher – Der Kanonist als Gesetzgeber, S. 120 ff.

57 K. Kroeschell – Recht und Rechtsbegriff im 12. Jahrhundert, S. 318.

58 Im Anschluß an die Diskussion über die Verwendung anachronistischer Begriffe durch die Rechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts heißt es dort: »Es kann nicht genügen, die mittelalterlichen Quellen statt auf Rechtsbegriffe des 19. Jh. hin nun auf moderne Allgemeinbegriffe vom menschlichen Zusammenleben hin zu interpretieren. Vielmehr kommt es entscheidend darauf an, daß der Forscher bereit ist, sich auf die Begriffswelt der Quellen soweit einzulassen, daß seine eigenen Vorstellungshorizonte dadurch aufgebrochen und verwandelt werden.« K. Kroeschell – Haus und Herrschaft im frühen deutschen Recht, S. 50. Was das genau bedeuten soll, bleibt undeutlich. Der Hinweis auf Wilhelm Ebel und dessen Übernahme des Quellenbegriffs der ›Willkür‹, die »als Bezeichnung für diese so ganz einzigartige Denkform durch keinen modernen Terminus ersetzt werden kann« (a.a.O. S. 52), läßt außer Acht, daß durch die bloße Übernahme des Wortes und seine Einbettung in den Kontext des 20. Jahrhunderts der

würde hier kategorial ganz Verschiedenes miteinander verglichen: wenn *reht (ius)* nur einen Ausschnitt oder eine Facette in der Vorläuferschaft dessen ausmacht, was wir heute Recht nennen, dann trägt der Befund der Unauffindbarkeit von ›*reht finden*‹ in den Quellen nicht weiter als bis zur fraglos richtigen ideologiekritischen Bemerkung, daß die Figur der Rechtsfindung des 19. und 20. Jahrhunderts sich nicht legitimatorisch auf einen wortgleichen Vorläufer im Mittelalter berufen kann[59].

Karl Kroeschell versteht den Begriff der Rechtsfindung in dem spezifischen Sinn der Vorstellung des Auffindens von Rechtsnormen einer präexistenten Normenordnung und diese sei dem Mittelalter unangemessen, damit auch die Anwendbarkeit von positivistischen Subsumtionsmodellen auch und gerade in der gewohnheitsrechtlichen Variante, die das Urteil auf eine »auswendig gewußte Rechtsordnung«[60] zurückgreifen läßt, denn »eine ungeschriebene Legalordnung gibt es [im Mittelalter] nicht«[61]. Den dadurch zum Ausdruck gebrachten »Zweifel an der Brauchbarkeit moderner Vorstellungen von Normativität« für das Mittelalter wird man wohl als Konsens innerhalb der Rechtsgeschichte ansehen können[62], nicht jedoch die einengende Gleichsetzung von ›Rechtsfindung‹ mit ›Normgewinnung‹. Der keineswegs einheitlich verwendete Begriff der ›Rechtsfindung‹ legt zumeist deutlicheres Gewicht auf das schöpferische Moment im (richterlichen) Urteil oder bringt die Einheit von Rechtsanwendung und Rechtsschöpfung im rechtskonkretisierenden Akt des Urteils zum Ausdruck[63], so z.B. in der *Deutschen Rechtsgeschichte*

---

Begriff sich in ein Artefakt (mit gleichwohl starkem Erklärungspotential) verwandelt, das aber nur vor diesem rechtswissenschaftlichen Horizont zu verstehen ist und damit gerade nicht mehr als Quellenbegriff. 1981 heißt es zur Frage, »ob ein ›Reden in den Begriffen der zu verstehenden Epoche‹ geeignet ist, die Zeugnisse der Vergangenheit so zu vergegenwärtigen, daß sie verstanden werden können«, weniger streng: »Eine aktualisierende ›Übersetzung‹ ist gewiß unentbehrlich, die Vermeidung der modernen Begriffe außerdem unmöglich. Dies darf jedoch den Widerstand der alten Wörter und Bezeichnungen, und damit der von ihnen gemeinten Sachbegriffe, nicht auflösen, sondern muß ihnen die Chance gewähren, den modernen Vorstellungshorizont zu durchbrechen […]« K. Kroeschell – Verfassungsgeschichte und Rechtsgeschichte des Mittelalters, S. 70 f.

59 K. Kroeschell – ›Rechtsfindung‹, S. 499 f.

60 K. Kroeschell – Rezension von ›G. Dilcher et al. (Hrsg.), Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter‹, S. 430.

61 K. Kroeschell – Deutsche Rechtsgeschichte II, S. 86. Vgl. auch ders. – Verfassungsgeschichte und Rechtsgeschichte des Mittelalters, S. 76: »Jedenfalls gab es hier – von den Regeln des Prozesses abgesehen – keine allgemein geltenden Normen, keine ungeschriebene Legalordnung.«

62 Vgl. B. Kannowski – Rechtsbegriffe im Mittelalter, S. 3 ff.

63 »*Rechtsfindung* und *Rechtsgewinnung* sind Begriffe mit einer eher unbestimmten Bedeutung. Sie werden meist so verwendet, daß sie sowohl Rechtsanwendung als auch Rechtsfortbildung einschließen.« P. Koller – Theorie des Rechts, S. 188. Vgl. auch die Kritik Josef Essers: »Das Stichwort ›Rechtsfindung‹ ist

von Hermann Conrad[64] oder in Vorstellungen, die sich manche Rechtstheoretiker vom Recht der Frühzeit machen[65]. Bezeichnenderweise betont selbst Hans Kelsen (mit Blick auf das moderne Recht) deutlich diesen schöpferischen Aspekt, den Kroeschell ganz beiseite läßt: »Das Gericht hat nicht bloß ein schon vorher fix und fertig geschaffenes, in seiner Erzeugung abgeschlossenes Recht zu finden und auszusprechen. Die ›Funktion‹ des Gerichts ist nicht bloße Rechts-›Findung‹ oder Recht-›Sprechung‹ in diesem deklaratorischen Sinne. Rechtsfindung liegt nur in der Feststellung der auf den konkreten Fall anzuwendenden generellen Norm«[66]. Somit zeigt sich, daß die positivistisch anmutende Variante des Rechtsfindungsgedankens, an der Kroeschell allein sich orientiert, sogar vom Erzrechtspositivisten Kelsen verworfen wird. Was der Richterspruch entstehen läßt, ist eine die Rechtsordnung erweiternde *individuelle Norm*, die allerdings beim Kelsen der *Reinen Rechtslehre* normenlogisch aus der vorgegebenen generellen Norm ableitbar ist und gerade keinen freien Spielraum des Richters zuläßt, wie ihn vor allem die *Freirechtslehre* eingefordert hat[67]. Die *Freirechtslehre* markiert innerhalb des Spektrums an Modellen zur Rechtskonkretisierung fraglos einen extremen Standpunkt; mit ihrer Ablehnung des positivistischen Ideals der Lückenlosigkeit des Normensystems[68]

---

durchaus geeignet, die methodologische Verwirrung auf diesem Gebiet gütig zu verbergen. Man mag sich dann nach Bedarf aussuchen, welche Vorstellung des Richterspruches jeweils paßt […]« J. Esser – Grundsatz und Norm, S. 120.

64 »Der Rechtsvortrag war ein mündliches Weistum, das von einem rechtskundigen Manne vorgetragen wurde. In ihm verbanden sich Rechtsüberlieferung und Rechtsschöpfung (Rechtsfindung).« H. Conrad – Deutsche Rechtsgeschichte Bd. I, S. 25.

65 Ein Beispiel dafür liefert H. Nawiaski – Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, S. 53: »Denkt man etwa an das altgermanische Recht, so war die Rechtsbildung noch gar nicht Aufgabe der organisierten Volksgemeinschaft. Sie vollzog sich vielmehr ganz unorganisiert, in traditionaler Weise, unmittelbar durch das Volk. Die organisierte Volksgemeinschaft befaßte sich nur mit Richtersprüchen, also Anwendungsakten der unorganisiert im Schoße des Volkes entstandenen Rechtsgrundsätze. Das Verhältnis der organisierten Rechtsgemeinschaft zu den Rechtsnormen war also nicht das ihrer Schaffung, sondern das ihrer Anerkennung, und in diesem Sinne sprach man von *Rechtsfindung*. Die eigentlichen und einzigen Rechtsakte waren also solche der Rechtsanwendung, der Rechtsvollziehung. Nur diese hatte autoritativen Charakter. Darin wird man übrigens den Ursprung der *Rechtskraft der Urteile* zu suchen haben.«

66 H. Kelsen – Reine Rechtslehre, S. 243; siehe auch ders. – Allgemeine Theorie der Normen, S. 301 f.

67 Zur Freirechtslehre F. Wieacker – Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 579 ff.; L. Lombardi Vallauri – Geschichte des Freirechts; O. Behrends – Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken.

68 »Die eigentlich freirechtliche Kritik zielt […] gegen die Annahme der Lückenlosigkeit irgendeiner Gesamtheit allgemeiner, in genau erkennbaren Texten oder festen Bräuchen enthaltenen Regeln. Solche Kritik gilt also nicht nur gegenüber dem Gesetz, sondern sogar auch gegenüber dem ›fertigen Gewohnheitsrecht‹, kurz

werden aber gerade Voraussetzungen angesprochen, die den nach Kroeschell für das mittelalterliche Verfahren geltenden nicht unähnlich sind: die (mangels rechtlicher Normen) prinzipielle Unableitbarkeit der konkreten Entscheidung aus generellen Normen. An die Stelle der mechanischen Anwendung läßt die *Freirechtslehre* das, was Eugen Ehrlich ›freie Rechtsfindung‹ genannt hat, treten, deren Kern die These ausmacht, »daß jedes richterliche Urteil nicht nur die Anwendung einer fertigen Norm, sondern eine rechtsschöpferische Leistung ist«[69]. Wie aber, d.h. nach welchem rechtstheoretischen Modell, eine Rechtskonkretisierung ohne die Grundlage eines vorgegebenen Komplexes von Rechtsnormen vorzustellen sei, wenn die *Rachinburgen* oder der bayerische *iudex* als Urteilsfinder die *lex* künden, diese Frage stellt sich selbst dann, wenn im Streitbeilegungsverfahren ein »formaler Begriff vom Recht«[70] gilt. Der Formalcharakter des Prozesses (Urteils) gäbe allenfalls Anlaß zur Verschiebung des Ortes, an dem materielle Rechtsvorstellungen zu suchen wären, in die Phase *vor* der förmlichen Streitbeilegung, d.h. direkt in den Umkreis der Rechtsverletzung selbst oder des darob entstandenen Konflikts oder der im Gefolge solcher geführten Verhandlungen. In den Argumenten für oder gegen die widerstreitenden Positionen wird einiges von dem ›materiellrechtlichen‹ Verständnis der Beteiligten zu finden sein, auf das auch das Formalurteil einen inneren Bezug wird aufweisen müssen, weil dies andernfalls nicht mehr der Lösung eines bestimmten Rechtsstreites mit bestimmten Rechtsverletzungen diente, sondern nur noch allgemeines Versöhnungsritual wäre. So wird man beispielsweise in den Bußsätzen, die ja Kroeschells eigener Einschätzung nach den »Niederschlag dessen, was in unzähligen Sühneverhandlungen zwischen verfeindeten Gruppen oder Familien […] ausgehandelt worden ist«[71], bilden, mit Jürgen Weitzel einen faßbaren materiellen Kern von Recht erblicken dürfen, der nicht auf Verfahrensregeln reduzierbar ist: »Die Bußsätze sind nicht formelles, sondern materielles Recht«[72].

---

gegenüber jedem *positiven Recht* auf der Ebene der generellen Normen. […] Die wesentliche These des Freirechts lautet nicht eigentlich, der Jurist könne gegen das Gesetz entscheiden […] Der Hauptgedanke der Freirechtslehre ist der: auch innerhalb einer gesetzlichen Ordnung, die lückenlos sein will oder sich dafür hält, gibt es einen großen leeren Raum, den der sogenannte ›Ausleger‹ des Gesetzes mit seinen besonderen Hilfsmitteln auszufüllen berufen ist.« L. Lombardi Vallauri – Geschichte des Freirechts, S. 56f.

69 K. Larenz – Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 59.

70 K. Kroeschell – ›Rechtsfindung‹, S. 513. Kroeschells Behauptung (»*Lex* ist also dasjenige, was der *publicus iudex* ausspricht. Es herrscht ein rein formaler Begriff vom Recht.« A.a.O.) müßte sonst so verstanden werden, daß, ganz egal, was der *iudex* von sich gibt, dies ohne Rücksicht auf und Bindung an irgendwelche allgemein geteilten Rechtsvorstellungen jedenfalls ›Recht‹ wäre.

71 K. Kroeschell – Deutsche Rechtsgeschichte I, S. 43.

72 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 1374.

Ob ›Rechtsfindung‹ i.S. des einen oder anderen Modells zur Konkretisierung des Urteils eine mögliche oder taugliche Beschreibung für den mittelalterlichen Prozeß abgeben könnte, wird von Kroeschell jedoch gar nicht erst diskutiert – der negative quellensprachliche Befund ist schon das letzte Wort. Weil es ihm nicht um Modellbildung und Beurteilung der Angemessenheit rechtstheoretischer Modelle geht, muß die Frage gestellt werden, ob das quellenkritische Ergebnis Kroeschells hinsichtlich der ›Rechtsfindung‹ überhaupt das abschließende Urteil oder gar die Erledigung des Begriffs begründen kann. Wenn sich im Mittelalter schon nicht die Worte oder der Begriff finden, so mag doch eine in diese Richtung weisende unreflektierte Praxis schöpferischer Rechtskonkretisierung bestanden haben. Jürgen Weitzel etwa bringt das Ergebnis des dinggenossenschaftlichen Verfahrens auf die Formel, daß »im Urteil Einzelfallentscheidung *und* Norm enthalten sind«[73], was nicht ausschließt, daß die angesprochene ›Norm‹ dabei von Fall zu Fall eine Weiterentwicklung erfährt.

Der von Kroeschell verwendete Normbegriff kennt die subtile Unterscheidung Kelsens zwischen generellen und individuellen Normen nicht, für ihn fallen Norm und generelle Norm begrifflich zusammen, so daß er in der Folge vom mittelalterlichen Recht als von einem »nichtnormativen Rechts« spricht, eine Formel, die gewisse Irritationen hervorgerufen hat[74]. ›Nichtnormativ‹ könnte ja einerseits bedeuten, das Recht habe keine Sollensqualität – was in der Tat irritierend wäre –, oder aber dahingehend zu verstehen sein, daß das Recht nicht, wie für Rechtstexte üblich, in Normen zerlegt bzw. aus Normen oder Normsätzen aufgebaut gedacht werden könne. Hier wäre möglicherweise gerade ein von der *Freirechtsschule* inspiriertes Rechtsfindungsmodell ein verfolgenswerter Ansatz zur Klärung der Frage, wie Urteile überhaupt konkrete rechtliche Bestimmtheit erlangen können unter der Bedingung eines fehlenden vorgegebenen Normensystems. Aber Kroeschell meint, so scheint es, weder das eine noch das andere, sondern versteht ›nichtnormativ‹ i. S. seines engen Normbegriffs als »nicht generell«[75] mit der schon erwähnten Konsequenz, dem frühen mittelalterlichen Recht gar keine materielle Qualität zuzuschreiben, sondern allein verfahrensmäßig-formale.

---

73 J. Weitzel – Versuch über Normstrukturen und Rechtsbewußtsein im mittelalterlichen Okzident (450–1100), S. 376.

74 Z.B. bei Hasso Hofmann (»Das liegt mir etwas im Magen: ein nicht normativer Rechtsbegriff.«) in der Diskussion im Anschluß an den Vortrag von K. Kroeschell – Verfassungsgeschichte und Rechtsgeschichte des Mittelalters, S. 78. Siehe auch J. Weitzel – Gewohnheitsrecht und fränkisch-deutsches Gerichtsverfahren, S. 76.

75 A.a.O. S. 84.

Die fehlende Schicht der generellen Normen (abseits von Verfahrensregeln) läßt Raum nur noch für konkrete Formen: Recht wird nach dieser Auffassung durch Vereinbarung (Vertrag) geschaffen und gilt nur für den Einzelfall; die Vereinbarung bezieht ihre Geltung nicht aus einem allgemeinen Gesetz, sondern aus sich selbst. Als Gewährsmann beruft sich Kroeschell hier auf Wilhelm Ebel, doch übernimmt er nicht dessen ganze rechtsbegriffliche Trias (*recht* – Gebot – Willkür), sondern bezieht sich unter Verallgemeinerung von dessen Ergebnissen zur sog. Erbenklausel in Schuldverträgen[76] vornehmlich auf die Rechtsschicht, die auf Vereinbarung (Willkür) beruht[77], wohingegen die auf Herkommen und Übung beruhende Schicht des *rechts* mit dem verderblichen Einfluß der Anschauungen Fritz Kerns in Verbindung gebracht wird[78]. Wenn Kroeschell in diesem Zusammenhang davon spricht, daß es »zwar den festen Brauch rechtsgeschäftlicher Regelung in Vertragstypen [gegeben habe], die oft über Jahrhunderte konstant blieben […,] rechtliche Verbindlichkeit […] ihre Regeln aber jeweils nur im Einzelfall«[79] gehabt hätten, dann fragt es sich, was nun wirklich daran hindert, diesen offenkundig rechtsrelevanten ›Brauch‹ mit dem materiellen Recht dieser Zeit zu identifizieren und dieses Recht an das Medium oraler Rechtsgewohnheit gebunden zu sehen. Zumindest aber wird man sich diese Vertragstypen nicht als leere prozessuale Formeln ohne allen Bezug auf materiellrechtliche Figuren denken können. So mag zwar bei der Übertragung von ›Eigentum‹ nicht ein ausgefeilter römischrechtlicher oder moderner absoluter

---

76 W. Ebel – Über die Formel ›für mich und meine Erben‹ in mittelalterlichen Schuldurkunden, insbes. S. 257–261. Ebel spricht u.a. davon, daß keine »komplette materielle Legalordnung – geschrieben oder nicht, überliefert oder nicht – bestanden habe, die den Normalfall der Erbenhaftung regelte, aber der Privatautonomie, dem Parteiwillen, die Möglichkeit zur Abweichung einräumte.« (A.a.O. S. 259.) Bei Kroeschell wird das verallgemeinert zur Behauptung, daß es gar keine materielle Legalordnung gegeben habe, nicht nur keine ›komplette in Bezug auf die Erbenhaftung‹. Entscheidend scheint demgegenüber vielmehr zu sein, daß der Gegensatz Legalordnung *versus* privatautonome Abweichung zu modern gedacht ist. In vielen Fällen (z.B. Verfügungsberechtigung über Sachen, Status von Personen) wird eine rechtsgeschäftliche Regelung nicht rechtsbegründend oder doch nicht mehr erinnerbar gewesen sein, ohne daß die dazugehörigen ›Rechte‹ damit aus der Sphäre des Rechts ausscheiden müßten.

77 »Es gab nur entweder die durch Verwillkürung oder *fides facta* selbst gesetzte Rechtsfolge oder die von den Gerichtsgenossen geübte *lex*; diese aber war offenbar identisch mit dem jeweiligen konkreten Urteilsspruch.« K. Kroeschell – ›Rechtsfindung‹, S. 512.

78 K. Kroeschell – Rezension zu ›G. Dilcher et al. (Hrsg.), Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter‹, S. 429; zum Einfluß Kerns auf Ebel siehe J. Rückert – Die Rechtswerte der germanistischen Rechtsgeschichte im Wandel der Forschung, S. 281 f.

79 K. Kroeschell – Verfassungsgeschichte und Rechtsgeschichte des Mittelalters, S. 76, mit Berufung auf Ebel, Hagemann und Demelius. Ganz ähnlich K. Kroeschell – Der Rechtsbegriff der Rechtsgeschichte, S. 314.

Eigentumsbegriff im Hintergrund gestanden haben, aber von irgendeiner Form von rechtlich relevanter Verteilung und Zuordnung der Verfügungsgewalt von Personen zu Sachen wird auch das frühmittelalterliche Rechtsdenken ausgegangen sein, und es ist dem Verständnis nicht förderlich, diesen Vorstellungen, wie begrifflich undifferenziert sie im Vergleich zum Recht späterer oder vorausgehender Epochen auch gewesen sein mögen, materiellrechtliche Qualität gänzlich abzusprechen.

Kroeschell wird in seinen Texten nicht müde, auf die »fundamentale Andersartigkeit«[80] mittelalterlichen Rechts hinzuweisen, und hat versucht, diese Andersartigkeit durch einen eigenen Begriff, den der ›Rechtsgewohnheiten‹, zu charakterisieren[81]. Die Abgrenzung ist primär, wie schon die Wortbildung vermuten läßt, eine gegen Gewohnheitsrechtstheorien mit fester Verschränkung von *longa consuetudo*[82] und *opinio necessitatis*[83], weil diesen vorgehalten wird, begrifflich viel zu stark mit Normensystemkonzeptionen verknüpft zu sein und Gewohnheitsrecht letztlich nur die Kehrseite systematisierten Schriftrechts darstelle. Die zweite Funktion der ›Rechtsgewohnheiten‹ ist eingestandenerweise die einer gewollten Verfremdung[84], wobei nicht wie im Falle von Ebels ›Willkür‹ ein Quellenbegriff in die moderne Terminologie übernommen wird, sondern ein Kunstwort[85]. Die Verfremdung geht aber möglicherweise weiter als beabsichtigt, denn wenn man betrachtet, welchen Sachverhalt der Begriff treffen will, dann wird auf »die feste Gewohnheit, solche Rechtsverhältnisse in der einen oder anderen Weise vertraglich zu regeln«[86], verwiesen, die in Summe – obwohl als rechtserheblich betrachtet, sonst würde nicht von *Rechts*gewohnheiten gesprochen werden –, weil »nur für den jeweiligen Einzelfall rechtlich verbindlich«, ausdrücklich keine

---

80 K. Kroeschell – Rezension zu ›G. Dilcher et al. (Hrsg.), Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter‹, S. 434.

81 Es handelt sich dabei um das Wiederaufgreifen eines schon im 19. Jahrhunder gebräuchlichen Begriffs; vgl. J. Rückert – Rechtsbegriff und Rechtsbegriffe, S. 591, insbes. FN 54.

82 Zur Bedeutung von Wiederholung und Zeitablauf im Gewohnheitsrecht R. Garré – Consuetudo, S. 125 ff.

83 Zur *opinio iuris seu necessitatis* a.a.O. S. 278 ff.

84 K. Kroeschell – Der Rechtsbegriff der Rechtsgeschichte, S. 315: »Zutreffend ist allerdings […] gesagt worden, daß das Wort ›Rechtsgewohnheit‹ zunächst nur einen Verfremdungseffekt hat, also die Andersartigkeit gegenüber dem Gewohnheitsrecht der juristischen Fachterminologie deutlich macht«, mit Bezug auf R. Schulze – ›Gewohnheitsrecht‹ und ›Rechtsgewohnheiten‹ im Mittelalter, S. 12.

85 »Quellengemäß ist in der Tat für die ältere Zeit weder das ›Gewohnheitsrecht‹ noch die ›Rechtsgewohnheit‹. Den frühesten Beleg für die letztere findet Dilcher bemerkenswerterweise bei Savigny. Mir selbst war das Wort wohl bei Wilhelm Arnold begegnet.« K. Kroeschell – Rezension zu ›G. Dilcher et al. (Hrsg.), Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter‹, S. 432.

86 K. Kroeschell – Der Rechtsbegriff der Rechtsgeschichte, S. 314.

»ungeschriebene Legalordnung«[87] bilden sollen. Also: Gewohnheit, die ›fest‹, ›regelmäßig geübt‹, ›rechtserheblich‹ und ›geordnet‹ ist, aber dennoch keine Rechtsordnung bildend und ›nichtnormativ‹? – Recht und doch kein Recht? Das scheint die Begriffe doch ein wenig zu überfordern. Der Grund dürfte darin zu suchen sein, daß zwar von Kroeschell wiederholt programmatisch gefordert wurde, die Rechtsgeschichte möge sich »um einen neuen – vielleicht veränderten, vielleicht erweiterten – Begriff des Rechts als ihres eigentlichen Gegenstands bemühen«[88] und es werde dafür auch »eine enge Kooperation mit Rechtstheorie, Rechtssoziologie und Anthropologie erforderlich sein«[89], daß aber eine dahingehende Neubestimmung des Rechtsbegriffs bis heute nicht stattgefunden hat oder nur in Ansätzen vorliegt. Im Grunde hat mit dem Wort ›Rechtsgewohnheiten‹ nur das Problem einen Namen bekommen, nicht mehr. Wenn der »moderne ›normative‹ Rechtsbegriff«[90] der Rechtsgeschichte durch seine Struktur im Wege steht, wie Kroeschell meint, dann vor allem deshalb, weil die aus ihm nicht wegzudenkende Verknüpfung von semantischem Normbegriff und Systemdenken (wie im ersten Abschnitt der vorliegenden Arbeit ausgeführt) dem mittelalterlichen Recht unangemessen ist (wie im zweiten Abschnitt zu zeigen versucht wurde). Kroeschell und auch jene, die seinen Vorschlag aufgegriffen haben, springen jedoch nicht über den Schatten ihrer eigenen juristischen Sozialisation und verwerfen *ab ovo* die für das moderne Recht fundamentalen Begriffe wie ›Regel‹, ›Norm‹, ›Geltung‹, ›Anwendung‹, ›normativ‹, ›generell‹, ›Legalordnung‹, weiters die Gegensatzpaare öffentliches/privates Recht, subjektives/objektives Recht[91] etc. zu Gunsten einer wirklich anderen Beschreibungsweise, in der Modelle der Rechtsentstehung und der Rechtskonkretisierung entwickelt, die in Äquidistanz sowohl zu den Quellenbegriffen als auch zum modernen positivistisch geprägten Rechtsbegriff stehen. Die Kritik – das mittelalterliche Recht sei ›nichtnormativ‹, ›nichtgenerell‹, ›nichtobjektiv‹ – ist in bestimmter Negation formuliert (und gedacht) und damit immer noch genau diesen Begriffen verpflichtet. Der Begriff der ›Rechtsgewohnheit‹ wird ein eigenständiges Erklärungspotential nur entfalten können, wenn er unter Verzicht auf die Elemente und Konstituentien positivistischer Rechtstheorie mit Inhalt erfüllt wird. Bis dahin ist er tatsächlich »kaum mehr als ein Formelkompromiß«[92].

87 A.a.O.

88 K. Kroeschell – Verfassungsgeschichte und Rechtsgeschichte des Mittelalters, S. 77.

89 A.a.O.

90 A.a.O. S. 74.

91 Zu Recht stellt Gerhard Köbler gerade die Anwendbarkeit dieser Unterscheidung für das Frühmittelalter in Frage.

92 A. Cordes – Auf der Suche nach der Rechtswirklichkeit der mittelalterlichen Lex mercatoria, S. 178.

*Der Rechtsbegriff Gerhard Dilchers*

Im Vergleich zu der doch eher monochromen Einfärbung des Begriffs bei KROESCHELL gewinnen die *Rechtsgewohnheiten* bei GERHARD DILCHER, der im übrigen lieber von der *Rechtsgewohnheit* im Singular spricht, erheblich an Farbakzenten. Hinter diesem Singular verbirgt sich die programmatische Umwertung des Begriffs der *Rechtsgewohnheit* in einen eigenständigen Modus des Rechtlichen, der in engem Zusammenhang mit dem »›Aggregatzustand‹ der Oralität«[93] als charakteristischer Eigenschaft gesehen werden muß[94].

Der Gegensatz von Mündlichkeit und Schriftlichkeit kann dabei in seiner Tragweite kaum überschätzt werden, denn nach weithin geteilter Auffassung hat die Form des Mediums gravierenden Einfluß nicht nur auf die Struktur von Gesellschaften, sondern auch auf das Denken in diesen: Das Gedächtnis einer Schriftkultur ist von grundlegender anderer Art als das einer Gesellschaft, in der die wesentlichen kulturellen Gehalte mündlich, von Sprecher zu Sprecher, tradiert werden[95]. Tangiert Oralität

93 G. Dilcher – Recht ohne Staat, Rechtsdurchsetzung ohne Staat?, S. 155; ders. – Die Zwangsgewalt und der Rechtsbegriff vorstaatlicher Ordnungen im Mittelalter, S. 150. Wie sehr die Frage, ob in der Begriffsbildung der Singular (›Rechtsgewohnheit‹) oder Plural (›Rechtsgewohnheiten‹) vorzuziehen sei, zugleich eine theorierelevante Festlegung in der Tiefenstruktur des Rechtsbegriffs bedeutet, belegt die Stellungnahme Joachim Rückerts zum Wort ›Rechtsgewohnheiten‹, »dessen Plural klärend wirkt, weil darin die weniger abstrakte, nicht umfassende Struktur der Sache betont wird. Es gibt Gewohnheiten, aber nicht die Gewohnheit, ›Gewohnheiten-Rechte‹, aber nicht Gewohnheitsrecht, oder eben ›Rechtsgewohnheiten‹. Dieses letztere Wort erlaubt keinen All- oder Kollektivsingular wie Gewohnheitsrecht […] ›Rechtsgewohnheiten‹ spielt dann an auf ein konkretes Gewohnheiten-Bilden von bestimmten Individuen her.« (J. Rückert – Rechtsbegriff und Rechtsbegriffe, S. 590 f.) Rückert bestreitet damit (ohne an dieser Stelle auf Dilcher einzugehen) die Möglichkeit eines verallgemeinerten rechsbegrifflichen Typus, in dem eine eng mit der Form der Oralität verbundene und von der modernen abweichende Rechtslogik wirksam ist, auf die Dilcher (durch den Übergang zum Singular) hinauswill. Nicht zufällig hält Rückert gerade die Unterscheidung von oraler und schriftlicher Kultur für die Binnenstruktur der rechtserzeugenden Gruppen für irrelevant (»Der Unterschied von schriftlich und nicht schriftlich oder oral bedeutet jedoch wenig für diese Binnenstruktur der Gruppen.« A.a.O. S. 589).

94 Die Verknüpfung von Oralität und Rechtsgewohnheit findet sich schon 1980 bei Hanna Vollrath in einer Fußnote; dies. – Das Mittelalter in der Typik oraler Gesellschaften, S. 583 FN 32; sie greift den Begriff aber nicht in systematisierender Absicht auf, sondern bleibt beim gängigen ›Gewohnheitsrecht‹, z.B. in dies. – Herrschaft und Genossenschaft im Kontext frühmittelalterlicher Rechtsbeziehungen, S. 41: »Das mittelalterliche Gewohnheitsrecht war […] seinem Wesen nach mündliches Recht.«; bzw. a.a.O. S. 53: »Bei der Darlegung der germanischen Rechtsvorstellungen kann man von einer Kennzeichnung ausgehen, über die Einigkeit besteht: das germanische Recht war Gewohnheitsrecht.«

95 Siehe z.B. J. Goody, I. Watt – Konsequenzen der Literalität, S. 64 ff.; W.J. Ong – Orality and Literacy; speziell für das Mittelalter B. Stock – The Implications of Literacy, S. 12 ff.

als bestimmende Form einer Sozietät das Denken bis hinein in dessen logische Struktur, dann muß als eines der zentralen kulturellen Felder auch das Recht, d.h. die Bildung, Bewahrung, Fixierung und Konkretisierung von Recht, durch diesen Umstand entscheidend mitgeprägt sein[96]. Im Mittelalter existierten bekanntlich Mündlichkeit und aus der Antike übernommene Schriftlichkeit derart nebeneinander, daß, selbst bei der Annahme eines deutlichen Überwiegens der Mündlichkeit[97], nicht von einer rein oralen Rechtskultur gesprochen werden kann. Zu nennen ist an erster Stelle die Verschriftlichung von primär mündlich geformtem Recht, ohne welche als die Zeiten überdauernde Quellen wir nichts über das Recht dieser Zeit wüßten[98], dann die »Schicht gehobener, ja sakraler Schriftlichkeit«[99] der Urkunden, zumal der Königsdiplome, die mit ihrer Funktion der Repräsentation[100] in das mündlich vollzogene Recht hineinragt, und zuletzt jene Anfänge pragmatischer Schriftlichkeit im Umkreis der Kaufleute und der Städte, durch die in einer »Welle der Verschriftlichung«[101] zusammen mit dem zukunftsgerichteten Charakter gewillkürten Rechts im 12. Jahrhundert eine langfristige Änderung in der ›Normstruktur‹ ausgelöst wurde[102]. Die

96 H. Vollrath – Das Mittelalter in der Typik oraler Gesellschaften, S. 573.

97 ›Überwiegen‹ kann in einem solchen Zusammenhang, wie Jürgen Weitzel meint, auch ›dominieren‹ bedeuten: »In ›gemischten‹ Kulturen wird also grundsätzlich die minoritäre Objektivierungsform des Rechts durch die überwiegende qualitativ verformt: überwiegende Schriftlichkeit ›erklärt‹ Mündlichkeit nach den für das Schriftrecht geltenden Regeln; überwiegende Mündlichkeit deutet Schriftrecht nach den für die Mündlichkeit geltenden Mustern (um).« J. Weitzel – Versuch über Normstrukturen und Rechtsbewußtsein im mittelalterlichen Okzident (450–1100), S. 379. Siehe auch ders. – Schriftlichkeit und Recht, S. 618. Argumente gegen ein Überwiegen der Mündlichkeit zumindest für die Karolingerzeit bringt R. McKitterick – The Carolingians and the Written Word; zustimmend z.B. W. Sellert – Aufzeichnung des Rechts und Gesetz.

98 »Die Rechtsgewohnheit der Vergangenheit kann fast ausschließlich erst aus ihrer Verschriftlichung erschlossen werden, weil natürlich die Möglichkeiten empirischer Erhebungen wie in moderner Soziologie oder Ethnologie ausgeschlossen sind.« G. Dilcher – Mittelalterliche Rechtsgewohnheit als methodisch-theoretisches Problem, S. 38.

99 G. Dilcher – Oralität, Verschriftlichung und Wandel der Normstruktur in den Stadtrechten des 12. und 13. Jahrhunderts, S. 13.

100 Zur möglichen kommunikativen Funktion der Urkunden und insbesondere des im Siegel sichtbaren Herrschers H. Keller – Ottonische Herrschersiegel, S. 37 ff., bzw. ders. – Zu den Siegeln der Karolinger und der Ottonen, S. 400 ff.

101 G. Dilcher, a.a.O. S. 12.

102 G. Dilcher – Die stadtbürgerliche Gesellschaft und die Verrechtlichung der Lebensbeziehungen im Wandlungsprozeß zwischen Mittelalter und Neuzeit, S. 97. »Insgesamt muß also der Vorgang der Verschriftlichung im Bereich menschlicher Lebenspraxis in engstem Zusammenhang gesehen werden mit der ›Verrechtlichung‹ der europäischen Gesellschaft seit dem 12./13. Jahrhundert.« H. Keller – Die Entwicklung der europäischen Schriftkultur im Spiegel der mittelalterlichen Überlieferung, S. 197.

Hervorbringung unterschiedlicher und unvereinbarer ›Normstrukturen‹ ist es, was für Dilcher die begriffliche Scheidung von Schriftlichkeit und Mündlichkeit so wichtig macht, wobei es in dem der Oralität zugeordneten ›Normcharakter‹ um jene Qualität geht, die Kroeschell und andere dazu veranlaßt hat, die Existenz objektiven materiellen Rechts im Frühmittelalter in Abrede zu stellen und allein eine Vielfalt subjektiver Berechtigungen anzuerkennen; genau an diesem Punkt setzt Dilchers Fassung des Begriffs der Rechtsgewohnheit an, wenn er schreibt: »Es geht nicht um den Gegensatz von subjektiven Rechten im Sinne von persönlicher Berechtigung zu einer objektiven Rechtsordnung, sondern vor allem um die grundsätzliche Verschiedenheit oraler oder schriftlicher Normüberlieferung«[103]. Der Gegensatz schriftlich/mündlich wird zum Erklärungsschlüssel für das vermeintliche ›Fehlen‹ objektiver Normen[104]. Was fehlt, ist die zukunftsgerichtete abstrakte Norm, die jenen als Träger objektiver materieller Normen alleine in Frage zu kommen scheint, denn diese setzt ausreichend entwickelte Schriftlichkeit voraus (die partiell im 12. Jahrhundert auch tatsächlich gegeben ist), während in der (vorausgehenden und parallel weiter existierenden) oralen Rechtskultur umgekehrt für die inneren Normen der Rechtskreise stets und gerade in verschriftet vorliegenden Privilegien auf die Tradition und damit auf mündliche Überlieferung verwiesen wird. Kennzeichnende Merkmale für diese sind für Dilcher in Anschluß an Hermann Krause »vor allem die Bindung an die betreffenden Rechtskreise, die Anknüpfung am Einzelvorgang, die Personenbezogenheit. Der Einzelakt und die persönliche Bezogenheit stehen im Vordergrund, Institutionen oder abstrakte Rechtsregeln als solche treten demgegenüber zurück, eine Scheidung von Allgemeinem und Besonderem fehlt«[105]. Aus der Perspektive entwickelten positi-

103 G. Dilcher – Oralität, Verschriftlichung und Wandel der Normstruktur in den Stadtrechten des 12. und 13. Jahrhunderts, S. 15.

104 Vgl. G. Dilcher – Mittelalterliche Rechtsgewohnheit als methodisch-theoretisches Problem, S. 40, bzw. ders. – Zeitbewußtsein und Geschichtlichkeit im Bereich hochmittelalterlicher Rechtsgewohnheit, S. 32 f.

105 G. Dilcher – Oralität, Verschriftlichung und Wandel der Normstruktur in den Stadtrechten des 12. und 13. Jahrhunderts, S. 14; siehe auch ders. – Mittelalterliche Rechtsgewohnheit als methodisch-theoretisches Problem, S. 26: »Der Bezug auf den Einzelfall und eine generelle Regelung (Norm, Gesetz) sind dabei im Wesen nicht unterscheidbar.« Bei Hermann Krause heißt es: »Ein Unterschied zwischen genereller und spezieller Norm wird nicht empfunden. Das Allgemeine als Maß und Grenze des Besonderen ist noch nicht in das Bewußtsein gedrungen.« Ders. – Königtum und Rechtsordnung in der Zeit der sächsischen und salischen Herrscher, S. 10. Vgl. auch R. Schmidt-Wiegand – Recht und Gesetz im Spannungsfeld zwischen Schriftlichkeit und Mündlichkeit im Mittelalter, S. 150: »Dagegen machte die Abstraktion vom Sonderfall durch Allgemeinbegriffe offensichtlich große Schwierigkeiten. Die Bußkataloge der Stammesrechte reihen so Einzeltatbestände von Verwundungen und Viehdiebstählen aneinander, ohne ›die‹ Körperverletzung oder ›den‹ Diebstahl aus der Fülle der konkreten Vor-

ven Rechts erscheint dies als Mangel – ist doch Rechtserkenntnis durch Subsumtion ohne die Unterscheidung von ›allgemein‹ und ›besonders‹ nicht denkbar – und gemessen an diesem Standard kann im Frühmittelalter folgerichtig von einem System objektiven Rechts nicht gesprochen werden. Mit dem Anlegen dieses Maßstabes gerät aber die rechtliche Realität des Frühmittelalters in einen verkürzten Blick, der es die Aufklärung der spezifisch andersartigen ›Normstruktur‹ in einer oralen Rechtswelt entgegenzusetzen gilt. Von einer oralen Rechtswelt wird man mit Hanna Vollrath stets dann sprechen können, »wenn die normativen Bezugspunkte in Zweifels- und Streitfällen nicht Rechtstexte, sondern mündlich tradiertes, aus dem kollektiven Gedächtnis abzurufendes Rechtswissen ist«[106]. Gerhard Dilcher hält derartige Verhältnisse noch in der Sachsenspiegelzeit (13. Jh.) für gegeben und meint »für weite Bereiche des Rechtslebens weiter von einer Welt oraler Rechtsgewohnheit sprechen [zu können]«[107]. Das Um und Auf für die zu klärende ›Normstruktur‹ ist, daß mündliche Tradition von Recht keine durch ›Auswendiglernen‹ quasikodifizierte Menge von das Recht erschöpfenden Normsätzen weitergeben kann, weil zu deren Identitätsbildung und Stabilisierung der Rekurs auf einen autorisierten Text unumgänglich ist. Recht im Frühmittelalter ist jedoch an die Funktionsweise kollektiven Gedächtnisses gebunden, die ohne einen solchen Referenztext auskommen muß. So wie die großen Erzählungen oraler Kulturen i.d.R. eine alles andere als chronologische Ordnung haben, sondern die Geschicke des Helden episodenhaft mit wiederkehrenden formelhaften Versatzstücken entwickeln[108], erfolgt unter den gleichen Bedingungen

---

gänge herauszuziehen.«; bzw. H. Vollrath – Das Mittelalter in der Typik oraler Gesellschaften. S. 573: »Da Gewohnheit nichts anderes ist als die Summierung konkret vorliegender und erfahrbarer Einzelfälle, orientiert sich das Recht oraler Gesellschaften nicht an abstrakten Rechtsnormen. Es kennt nur konkret Rechtsbräuche und Sitten, eben Gewohnheiten, so daß Recht, Brauch und Sitte ineinander übergehen.«

106 H. Vollrath – Rechtstexte in der oralen Rechtskultur des frühen Mittelalters, S. 322. Freilich gibt es für das frühe Mittelalter gewichtige Gegenbeispiele nicht primär oral ausgerichteter Rechtskultur, z.B. im Süden im Anwendungsbereich des westgotischen Rechts: »Kam es jedoch zum Streit über verfahrensrechtliche oder materiell rechtliche Fragen und stützte sich eine Partei auf den Wortlaut der *lex scripta*, dürfte sie im Geltungsbereich des *Liber Iudicorum* [= *Lex Visigothorum*] beste Chancen gehabt haben, hiermit durchzudringen.« H. Nehlsen – Zur Aktualität und Effektivität germanischer Rechtsaufzeichnungen, S. 501. Zu beachten ist jedoch, daß es dabei möglicherweise nicht zu einer ›Gesetzesanwendung‹ *stricto sensu* gekommen ist, wie die oben (Abschnitt II, Kapitel 5) angesprochenen Indizien für einen ›atypischen Normgebrauch‹ nahelegen.

107 G. Dilcher – Bildung, Konstanz und Wandel von Normen und Verfahren im Bereich mittelalterlicher Rechtsgewohnheit, S. 188.

108 W.J. Ong, a.a.O. S. 140 f.

auch die Bewahrung des Rechts situativ und zugleich formelhaft[109], aber weder nach abstrakten Grundsätzen gegliedert noch selbst in der Form abstrakter Normsätze[110]. Letzteres wird unterstrichen durch die von ethnologischer Seite vielfach beobachtete grundsätzliche Abneigung gegen abstrakte Begriffe in oralen Kulturen[111]. Die angeführten Formen und Bedingungen, gemeinsame verbindliche Sollensvorstellungen einer Gesellschaft zu repräsentieren und zu tradieren, vertragen sich durchaus mit der ›Existenz‹ von Recht und darüber hinaus mit der Vorstellung von ›Objektivität‹ im Recht – wenn dieses Recht auch durch eigentümliche Vagheit und Plastizität gekennzeichnet sein mag –, nicht jedoch mit dem Aufbau von Recht aus isolierten für die Zukunft gesetzten Normen: in einer oralen Rechtswelt ist anachronistisch darum, wie Dilcher betont, »weniger die Vorstellung einer objektiven, d.h. alle Beteiligten bindenden Ordnung, als vielmehr deren schriftliche Festlegung als hypothetisch ausgesprochene, von der Faktizität abstrahierte, die Zukunft bestimmende Norm«[112].

Oralität im Vollzug von Recht ist eng verzahnt mit der dinggenossenschaftlichen Struktur des Gerichts, und diese Verzahnung hat viel mit der zyklisch ausgerichteten Zeitstruktur oraler Tradierung und mit der mündliche Rechtsformen legitimierenden Konsensbildung zu tun[113]. Autorität und Bewahrung des Rechts ist der Erinnerung der Vielen, d.h. der Standesgenossen im Gericht und deren wiederkehrendem Aussprechen des *rechts* (der Rechtsgewohnheit) anvertraut. Gerhard Dilcher hält sich hier ausdrücklich an die Ergebnisse von Jürgen Weitzels *Dinggenossenschaft und Recht*, kritisiert diesen aber gleichzeitig dahingehend, »das Problem unter der Fragestellung der Oralität [nicht] voll ausgeschöpft zu haben«[114]. Er bezieht sich da-

---

109 »The law itself in oral cultures is enshrined in formulaic sayings, proverbs, which are not mere jurisprudential decorations, but themselves constitute the law.« A.a.O. S. 35.

110 »In a primary oral culture […] knowledge cannot be managed in elaborate, more or less scientifically abstract categories. Oral cultures cannot generate such categories, and so they use stories of human action to store, organize, and communicate much of what they know.« A.a.O. S. 137.

111 »In nur gering differenzierten Gesellschaften sind vom Fall unabhängige Normen offenbar wenig ausgeprägt, denn die Entscheidungen werden nicht abstrakt aus einer Norm abgeleitet, sondern sind eingebettet in die sozialen Beziehungen. Der konkrete Fall, nicht die zu exekutierende Norm, steht im Vordergrund. Ganz verschiedene Posten werden miteinander verrechnet: man nimmt Rücksicht auf die soziale Position des zu ›Bestrafenden‹. Justitia ist nicht blind.« R. Walz – Strategien der Gewaltvermeidung, S. 221.

112 G. Dilcher – Oralität, Verschriftlichung und Wandel der Normstruktur in den Stadtrechten des 12. und 13. Jahrhunderts, S. 16.

113 G. Dilcher – Zeitbewußtsein und Geschichtlichkeit im Bereich hochmittelalterlicher Rechtsgewohnheit, S, 47.

114 G. Dilcher, a.a.O. S. 15. Siehe auch ders. – Die stadtbürgerliche Gesellschaft und die Verrechtlichung der Lebensbeziehungen im Wandlungsprozeß zwischen Mittelalter und Neuzeit, S. 97 FN 17, bzw. ders. – Warum mittelalterliche Rechtsgeschichte heute?, S. 13 FN 24.

bei auf die seiner Meinung nach fehlende Ausdeutung der volkssprachlichen ›Rechtsworte‹, die in die lateinischen Texte eingefügt sind und denen er große Bedeutung für die Frage zumißt, inwieweit im Frühmittelalter gemeinsame verbindliche normative Vorstellungen greifbar sind: »Es zeichnet sich hier die Ausdifferenzierung eines eigenen normativen Rechtsbereiches ab, denn es lassen sich hier [d.h. in den Rechtsworten der ›Dingsprache‹] inhaltliche Ordnungsvorstellungen, also Normen, erkennen. Daß bei Mord, heimlicher Tötung (im Gegensatz zu Tötung in Fehde und Kampf), Diebstahl, bei Brandstiftung und Notzucht ein die Ordnung, also gemeinsame normative Vorstellungen verletzendes Verhalten vorlag, schlägt sich in einer über zahlreiche germanische Rechtssprachen verbreiteten Rechtsterminologie wie auch in den Rechtsfolgen nieder«[115]. Das Rechtswort ist »Träger nicht definierter, aber konkret konsentierter normativer Vorstellung«[116]. Diese Einschätzung bedeutet zugleich, daß Dilcher das Vorhandensein materiellen Rechts durchaus anerkennt, wenn auch gleichsam verpackt in die ›Rechtsworte‹, deren Bedeutung selbst im Verfahren nicht zu thematisieren war, sondern als allgemein bekannt vorausgesetzt werden konnte. Mündliche Tradierung schließt, so die dahinterstehende grundlegende Einsicht, definitorische Festsetzung strikt aus: »Es kann keinen Verweis auf ›Wörterbuchdefinitionen‹ geben. [...] Die Bedeutung eines Wortes bestimmt sich vielmehr in einer Folge konkreter Situationen [...]«[117].

Von Bedeutung ist auch die zeitliche Struktur dieses Vergegenwärtigungsprozesses. »Das zugrundeliegende Zeitmodell ist das der zyklischen Wiederkehr«[118], wie Dilcher im Zusammenhang mit dem Phänomen der Rechtsbesserung und Rechtserneuerung feststellt, wobei die Bemühung z.B. der langobardischen Könige, das

---

115 G. Dilcher – Bildung, Konstanz und Wandel von Normen und Verfahren im Bereich mittelalterlicher Rechtsgewohnheit, S. 194. Zum *morth* bei den Langobarden (Edictum Rothari, c. 14, ed. C. Azzara, S. Gasparri, S. 18) G. Dilcher – Überlegungen zum langobardischen Strafrecht, S. 170f.

116 G. Dilcher – Bildung, Konstanz und Wandel von Normen und Verfahren im Bereich mittelalterlicher Rechtsgewohnheit, S. 195.

117 J. Goody, I. Watt – Konsequenzen der Literalität, S. 66.

118 G. Dilcher – Der mittelalterliche Kaisergedanke als Rechtslegitimation, S. 169. Vgl. dazu J. Assmann – Das kulturelle Gedächtnis, S. 56f.: »Ohne die Möglichkeit schriftlicher Speicherung hat das identitätssichernde Wissen der Gruppe keinen anderen Ort als das menschliche Gedächtnis. Drei Funktionen müssen erfüllt sein [...]: poetische Form, rituelle Inszenierung und kollektive Partizipation. [...] Wie gewinnt die Gruppe Anteil am kulturellen Gedächtnis? [...] die Antwort lautet: durch Zusammenkunft und persönliche Anwesenheit. [...] Feste und Riten sorgen im Regelmaß ihrer Wiederkehr für die Vermittlung und Weitergabe des identitätssichernden Wissens und damit für die Reproduktion der kulturellen Identität. Rituelle Wiederholung sichert die Kohärenz der Gruppe in Raum und Zeit.« Man wird den Festen und Riten in der Verfolgung des gleichen Zwecks das dinggenossenschaftliche Verfahren an die Seite stellen müssen.

schriftlich fixierte Recht regelmäßig zu adaptieren[119], um es so der drohenden Erstarrung zu entziehen, im Grunde nur dem natürlichen Prozeß oraler Adaptionsfähigkeit mimetisch nacheifert, wodurch einmal mehr unterstrichen wird, wie stark orale Tradition den Schriftgebrauch dominiert[120]. *Verba volant, scripta manent* – indem das gesprochene Wort dahinschwindet, sobald es entsteht, ist Speicherung von Wissen auf individuelle Gedächtnisleistung und iterative Reproduktion angewiesen[121], ein Prozeß, dem stets die Gewißheit abgeht, ob die Identität des solchermaßen transportierten Gehalts erhalten bleibt: dieser scheinbare Nachteil verwandelt sich in oralen Gesellschaften in den Vorteil der Anpassungsfähigkeit alles Fakten- und Normenwissens an sich ändernde Verhältnisse. Die Schrift kehrt dieses Verhältnis um: Die Flexibilität geht verloren[122] bzw. muß durch formale autorisierte Modifizierung des Texts erreicht werden, um dennoch die Bedeutungsidentität des Textes nicht retten zu können[123]. Diese Zeitstruktur wird dabei von DILCHER bisweilen in paradoxe Begriffe gekleidet, wenn z.B. vom »fließenden Zeitbewußtsein der rechtsgewohnheitlichen Ordnung«[124] oder von der »zeitlosen Tradition des Rechtskreises«[125] gesprochen wird. Entscheidend ist der starke Gegenwartsbezug, der für orale Gesellschaften typisch zu sein scheint: Vergangenes wird immer nach den Bedürfnissen der

---

119 Dazu G. Dilcher – Gesetzgebung als Rechtserneuerung; ders. – Der Gedanke der Rechtserneuerung im Mittelalter, S. 12; ders. – Mythischer Ursprung und historische Herkunft als Legitimation mittelalterlicher Rechtsaufzeichnungen zwischen Leges und Sachsenspiegel, S. 148; ders. – Fehde, Unrechtsausgleich und Strafe im älteren langobardischen Recht, S. 30 f.; ders. – Gesetzgebung, Verschriftlichung und Rechtserneuerung im Langobardenrecht; ders. – Überlegungen zum langobardischen Strafrecht, S. 166 ff.

120 »Der Gedanke der Rechtserneuerung sieht den Ursprung des Rechts in einer oralen rechtsgewohnheitlichen Ordnung.« A.a.O. Vgl. auch J. Assmann, a.a.O. S. 91.

121 »Als Gedankeninhalt bedarf das Recht der Objektivierung in einem Medium. Als solches kommen in Betracht: das ritualisierte oder schlicht einvernehmlich-konsensuale Handeln, das Wort und die Schrift. Das gesprochene Wort ist flüchtig, an den Sprechenden und die Situation gebunden. Zur Objektivierung des ›nur in den Köpfen der Mitglieder der Gemeinschaft‹ [Zit. W. Klein – Gesprochene Sprache, geschriebene Sprache, S. 30] lebenden Rechts bedarf es deshalb des wiederholten, meist formalisierten Rechtsgesprächs, typischerweise der Sühne- oder Gerichtsverhandlung.« J. Weitzel – Schriftlichkeit und Recht, S. 611.

122 Vgl. J. Weitzel – Recht und Spruch der Laienurteiler, S. 72; R. Schott – Anarchie und Tradition, S 46.

123 »Die Bewahrung des Sinngehaltes einer Aussage ist allerdings auch im Schriftrecht ein großes Problem.« J. Weitzel – Schriftlichkeit und Recht, S. 611; dazu grundsätzlich M. Frank – Das Sagbare und das Unsagbare, S. 127 f.

124 G. Dilcher – Die stadtbürgerliche Gesellschaft und die Verrechtlichung der Lebensbeziehungen im Wandlungsprozeß zwischen Mittelalter und Neuzeit, S. 99.

125 G. Dilcher – ›Hell, verständig, für die Gegenwart sorgend, die Zukunft bedenkend …‹, S. 21.

Gegenwart interpretiert und bei Bedarf auch geändert[126] – die Leistungsfähigkeit oraler Rechtspraxis liegt nicht zuletzt in ihrer Fähigkeit, vergessen zu können[127] –, und diese Flexibilität im Umgang mit dem eigenen Wissen gilt sowohl für die Sphäre der Tatsachen[128] als auch für die des Sollens und der Normen. Kategoriale Trennung von *Sein* und *Sollen*, dieses Fundament positivistischer Rechtsauffassung, ist keine Errungenschaft des Frühmittelalters, sondern kulturell wesentlich jünger und darf schlechthin nicht erwartet werden; DILCHERS Position trägt dem Rechnung und geht hier von einer »ungeschiedene[n] Verbindung von Faktum und Wertung [aus], wie sie im kollektiven Gedächtnis einer Gemeinschaft aufbewahrt wird«[129]. Das dinggenossenschaftliche Verfahren sichert also (abgesehen von intendierten Frieden) zweierlei: einerseits die notwendige zyklisch wiederkehrende Vergegenwärtigung von Recht (durch Ritualisierung[130]) und zugleich eine Basis für die Legitimierung durch den im Verfahren stets herzustellenden Konsens.

Der Begriff Rechtsgewohnheit hat bei GERHARD DILCHER eine methodische und eine rechtsdogmatische Dimension: methodisch liegt seine Funktion in der notwendigen *Verfremdung* zur Vermeidung von anachronistischen Vorstellungen[131], in seiner Nutzung als »topisches Hilfsmittel«[132] und – wie schon bei KARL KROESCHELL – zur deutlichen Abgrenzung vom *Gewohnheitsrecht* als einem zum Schriftrecht gehörigen Sekundärphänomen. *Rechtsgewohnheit* erscheint so als »Ge-

---

126 Jack Goody und Ian Watt beschreiben dieses Phänomen als Teil dessen, was sie »homöostatische Organisation der kulturellen Tradition in nicht-literalen Gesellschaften« nennen (dies. – Konsequenzen der Literalität, S. 68.): »Eine der bedeutsamsten Folgen dieser Tendenz zur Homöostase zeigt sich darin, daß das Individuum in einer nicht-literalen Gesellschaft die Vergangenheit fast ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Gegenwart sieht, wohingegen die historischen Berichte einer literalen Gesellschaft ihrer Natur nach eine objektivere Erkenntnis des Unterschiedes zwischen dem, was war, und dem, was ist, erzwingen.« A.a.O. S. 72.

127 Vgl. W.J. Ong, a.a.O. S. 97.

128 Berühmt ist das Beispiel der Genealogien in J. Goody, I. Watt, a.a.O. S. 71 f.; dazu auch W.J. Ong, a.a.O. S. 47 f.

129 G. Dilcher – Oralität, Verschriftlichung und Wandel der Normstruktur in den Stadtrechten des 12. und 13. Jahrhunderts, S. 15. »Die als normal empfundene, tatsächliche Lebensordnung, das Bewußtsein von Normalität bestimmt, was inhaltlich als rechtens konsentiert wird.« G. Dilcher – Die stadtbürgerliche Gesellschaft und die Verrechtlichung der Lebensbeziehungen im Wandlungsprozeß zwischen Mittelalter und Neuzeit, a.a.O.

130 Dazu G. Dilcher – Bildung, Konstanz und Wandel von Normen und Verfahren im Bereich mittelalterlicher Rechtsgewohnheit, S. 199, bzw. ders. – Warum mittelalterliche Rechtsgeschichte heute?, S. 19.

131 G. Dilcher – Mittelalterliche Rechtsgewohnheit als methodisch-theoretisches Problem, S. 30.

132 G. Dilcher – Recht ohne Staat, Rechtsdurchsetzung ohne Staat?, S. 154.

wohnheitsrecht im ursprünglichen Sinn«[133]. Es stellt eine unreflektierte Vorstufe des Gewohnheitsrechts dar, das ohne Begriffe wie *opinio necessitatis* oder quantifizierbaren Geltungsbedingungen wie der dreißig- oder vierzigjährigen Dauer des *usus* charakterisiert werden muß[134]. Als solches tritt es weder neben noch an die Stelle von Schriftrecht, sondern stellt eine selbständige, in der mittelalterlichen »Lebenswelt«[135] verwurzelte Urteilskraft zur Unterscheidung von *rechtmäßig* und *unrechtmäßig* dar. Zur rechts*dogmatischen* Funktion, ein begriffliches Werkzeug für Rechtsüberzeugungen im frühen Mittelalter zu bieten, gesellt sich flankierend ein rechts*soziologisches* Gegenstück: der *Rechtszwang*, der, wovon noch die Rede sein wird, für Dilcher im Anschluß an Max Weber einen Schlüssel zum Verständnis des Rechts darstellt[136].

Die Anknüpfung an Max Weber wird auch am besonderen Interesse an den Rechtsverhältnissen in der mittelalterlichen Stadt deutlich. Der Kontrast zwischen der spezifischen Rationalität[137] der rechtsgewohnheitlichen Ordnung des bäuerlichen wie adeligen Landlebens und der strukturell davon verschiedenen Rationalität der zukunftsweisenden Normsetzungstechnik der Städte und Kaufleute[138] mittels

133 G. Dilcher – Mittelalterliche Rechtsgewohnheit als methodisch-theoretisches Problem, S. 23; ders. – Zur Theorie des Gewohnheitsrechts zwischen Alteuropa und Moderne, S. 69 ff. Vgl. auch D. Nörr – Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie.

134 Vgl. R. Garré – Consuetudo, S. 125 ff.

135 Des Begriffs der ›Lebenswelt‹ bedient sich Dilcher z.B. in ders. – Warum mittelalterliche Rechtsgeschichte heute?, S. 13 f.

136 Dazu grundlegend G. Dilcher – Die Zwangsgewalt und der Rechtsbegriff vorstaatlicher Ordnungen im Mittelalter, insbesondere der einleitende Abschnitt *Rechtsbegriff und Rechtszwang in Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, a.a.O. S. 111 ff.

137 Es wird hier bewußt von einem Wechsel der Form der Rationalität ausgegangen und nicht etwa von einem Übergang von irrationalem zu rationalem Verhalten; einen rationalen Kern haben in dieser Perspektive, d.h. unter der Bedingung der allgemeinen Akzeptanz einer entscheidungsfähigen transzendenten Instanz, selbst Gottesurteile – darüber hinaus kann, wenn man die Prämisse selbst für irrational hält, die Rationalität der Vorgangsweise darin gesehen werden, daß auf diese Weise zumindest überhaupt zu einer Entscheidung gelangt werden kann. Vgl. W.J. Ong, a.a.O. S. 50. Unzulänglich in diesem Zusammenhang ist die pauschale Qualifikation z.B. von Gottesurteil und Reinigungseid als irrational, wie z.B. bei W. Sellert – Gewohnheit, Formalismus und Rechtsritual, S. 351 oder die (ältere) Auffassung, nach der die »Urteilsfindung im germanischen Prozeß ein *irrationaler* Vorgang« sei, (referiert von) D. Werkmüller – ›Et ita est altercatio finita‹, S. 593; vgl. auch J. Weitzel – Recht und Spruch der Laienurteiler, S. 77.

138 Ganz in weberscher Manier wird der »rationalen, zielstrebig planenden Haltung des Kaufmannes« (G. Dilcher – Oralität, Verschriftlichung …, S. 18) eine treibende Kraft zugemessen, die *ratio mercationis* ist gleichsam Geburtshelferin der »von der Person abstrahierenden Norm, die die horizontale Ebene der kontraktförmigen Rechtsverhältnisse des Austausches regiert« (G. Dilcher – Die stadtbürgerliche Gesellschaft …, S. 100 f.), und diese hat ihr tragendes Medium in der Recht und Rechnungswesen beherrschenden pragmatischen Schriftlichkeit.

eidlicher Selbstverpflichtung und Willkür wird zum Leitfaden für die Entwicklung des Rechtsbegriffs wie überhaupt zum Kardinalproblem für eine zu vertieften Einsichten gelangenden rechtshistorischen Wissenschaft[139]. Das *Recht in der Stadt*[140] steht dabei für Zukunftsorientierung, Modernisierung und Berechenbarkeit, es ist zunehmend »vorformulierte, schriftlich festgelegte Normenordnung für zukünftige Planung«[141]. Die mannigfachen Umformungen der sozialen Beziehungen und der Wechsel im Modus der rechtlichen Form gehen Hand in Hand, bedingen und verstärken einander[142]. Die in den Städten entwickelten Rechtsformen nehmen mit dem Instrument der bedingten Norm das positiv gesetzte Recht der Neuzeit vorweg[143], wobei die »durchgreifende Neuheit« »langer Normenkataloge«[144] zugleich mit der »Sorge um einen gültigen, zur unmittelbaren Rechtsanwendung geeigneten Text«[145] verbunden ist – »Daß gepfleget werde der veste Buchstab und bestehendes gut Gedeutet«[146]. Die Schriftform ist keine bloß äußerliche Zutat zu dieser Art von Recht, sondern an »Schriftlichkeit ist Stadtrecht in seiner Geltungsweise, in seiner Normstruktur, kurz in seiner ganzen Qualität gebunden«[147]. Die rechtstheoretisch

139 Dilchers Zugang nimmt für sich in Anspruch, alte Antagonismen hinter sich zu lassen: »Die Fronten laufen bei diesem Erklärungsansatz nicht mehr zwischen dem deutschen Recht in den Formen von Stadt- und Landrecht einerseits und dem von der älteren Rechtsgeschichte als ›Fremdrecht‹ bezeichneten römischen Recht andererseits, sondern zwischen der konsensgebundenen, dinggenossenschaftlichen, überwiegend rechtsgewohnheitlichen Ordnung der älteren bäuerlich-aristokratischen Lebenswelt einerseits, der einem anderen Rationalitätskonzept verpflichteten städtischen Gesellschaftsform und ihrem Recht andererseits […]« a.a.O. S. 103.

140 Dieses Recht ist wegen seiner Vielschichtigkeit nicht einfach mit dem Begriff ›Stadtrecht‹ gleichzusetzen, genausowenig wie die rechtsgewohnheitlich bestimmte ›Lebensordnung‹ mit dem Begriff ›Landrecht‹ koinzidiert.

141 A.a.O.

142 A.a.O. S. 99 f.

143 G. Dilcher – Oralität, Verschriftlichung und Wandel der Normstruktur in den Stadtrechten des 12. und 13. Jahrhunderts, S. 16 f. Diese Einschätzung fügt sich in das Bild, das auch von anderen von der zukunftsweisenden Bedeutung der mittelalterlichen Stadt und des Rechts in dieser gezeichnet wird, z.B. »als einer Ordnung, die keimhaft die staatsbürgerliche Gleichheit unserer Zeit vorwegnimmt, so daß wir dieser Städtefreiheit allerdings nicht mehr bedürfen« (E. Ennen – Die europäische Stadt des Mittelalters, S. 13).

144 G. Dilcher – ›Hell, verständig, für die Gegenwart sorgend, die Zukunft bedenkend …‹, S. 21.

145 A.a.O. S. 37.

146 Friedrich Hölderlin, *Patmos* (in: Sämtliche Werke und Briefe Bd. 1, Frankfurt 1992, S. 453). Auf das Hölderlinzitat verweist J. Assmann – Das kulturelle Gedächtnis, S. 88, zur Unterstreichung seiner These eines Überganges von ritueller zu textueller Kohärenz.

147 G. Dilcher – Die stadtbürgerliche Gesellschaft und die Verrechtlichung der Lebensbeziehungen im Wandlungsprozeß zwischen Mittelalter und Neuzeit, S. 97.

unterschiedlichen Kategorien angehörenden Rechtsformen stehen nach Dilcher im 12. Jahrhundert in einem Verhältnis des Nebeneinanders oder eher noch dem von Über- und Unterordnung[148] und markieren zugleich zwei verschiedene strukturelle Entwicklungsstufen in der »Veränderung von unreflektierter Rechtsgewohnheit zur reflektierenden Lehre vom Gewohnheitsrecht«[149]. Die gesamte Konzeption der *Rechtsgewohnheit* ist theoretisch vom modernen Recht her entwickelt, aus dem Bild, das eine die Schriftlichkeit im Recht reflektierende, dabei notwendig selbst im Medium der Schrift agierende Rechtswissenschaft von dieser Gegenwelt entwirft.

Im Verhältnis der Begriffe *Rechtsgewohnheit* und *Ordnung* ist bei Dilcher eine interessante Entwicklung zu beobachten. Steht am Beginn der begrifflichen Differenzierung eine Gleichsetzung von Recht *qua* Rechtsgewohnheit mit der »schriftlosen Gewohnheitsordnung«[150], so erscheint Rechtsgewohnheit zunehmend als eher partizipativ an einer umfassender gedachten sozialen Ordnung, für die immer wieder der Begriff des ›Lebens‹ bemüht wird: die das Land (im Gegensatz zur Stadt) prägende »Gewohnheitsordnung« sei zugleich die »Lebensordnung als orale oder aufgezeichnete Rechtsgewohnheit«[151], Rechtsgewohnheit gehöre ausdrücklich in den »Bereich von gelebten Gewohnheiten/Ordnungen«[152]. Rechtsgewohnheit wird an anderer Stelle definiert als »insgesamt […] Teil der Lebensordnung«[153], »aus dem Herkommen […] gewonnene Handlungsnormen, die eine umfassende Lebenspraxis mit normativem Anspruch […] darstellen«[154], oder es wird »orale rechtsgewohnheitliche Ordnung« unmittelbar mit dem »sozialen Leben«[155] gleichgesetzt. Die Bezugnahme auf den Lebensbegriff hat dabei primär den Zweck, zum Ausdruck zu bringen, daß mit der konkreten lebendigen Ordnung keine ausdifferenzierte Rechtsordnung gemeint sein kann, sondern eine vielschichtige Sozialstruktur, an der Recht im Modus der Rechtsgewohnheit teilhat. Recht konstituiert also nicht die soziale Ordnung mit-

148 »Genauer wäre es wohl zu sagen, daß das schriftliche Recht wenigstens im 12. Jhdt. nur ein Überbau über dem Strom oralen Rechts ist.« G. Dilcher – ›Hell, verständig, für die Gegenwart sorgend, die Zukunft bedenkend …‹, S. 38 FN 91.

149 G. Dilcher – Zur Theorie des Gewohnheitsrechts zwischen Alteuropa und Moderne, S. 70.

150 G. Dilcher – Mittelalterliche Rechtsgewohnheit als methodisch-theoretisches Problem, S. 28.

151 G. Dilcher – Die stadtbürgerliche Gesellschaft und die Verrechtlichung der Lebensbeziehungen im Wandlungsprozeß zwischen Mittelalter und Neuzeit, S. 98.

152 G. Dilcher – Recht ohne Staat, Rechtsdurchsetzung ohne Staat?, S. 142; siehe auch a.a.O. S. 154: »gelebte Ordnung (Gewohnheit)«.

153 G. Dilcher – Die Zwangsgewalt und der Rechtsbegriff vorstaatlicher Ordnungen im Mittelalter, S. 139.

154 G. Dilcher – Zeitbewußtsein und Geschichtlichkeit im Bereich hochmittelalterlicher Rechtsgewohnheit, S. 31.

155 G. Dilcher – Der mittelalterliche Kaisergedanke als Rechtslegitimation, S. 169.

tels Normen, sondern macht bestenfalls ein stabilisierendes normatives Moment an dieser aus. Dieser Aspekt gewinnt bei Dilcher zunehmend an Konturen und wird in den jüngsten Arbeiten durch Wendungen wie die folgenden ausgedrückt: *Rechtsgewohnheit* bedeutet, »daß ein breiter Bereich von gelebten Gewohnheiten/Ordnungen besteht, aus denen Recht sich speist, ohne daß alle diese Gewohnheiten als Recht angesehen werden müssen«[156]; »es handelt sich um eine Ordnung des Herkommens, die als Recht angewandt werden kann, aber keineswegs darin aufgeht«[157]; sie ist insgesamt »Teil der Lebensordnung, deren Einhaltung nicht notwendig oder immer Gegenstand zwangsverbundener Sanktion sein muß«[158]. *Recht/Rechtsgewohnheit* wird bestimmt als Akzidens an einer substantiellen gewohnheitsbestimmten Ordnung, die ihrerseits mehr Aspekte hat, als nur den rechtlichen. Recht ist eingebettet in den umfassenderen Begriff der Ordnung, aber darin nicht scharf abgrenzbar – letzteres gefährdet den Rechtsbegriff jedoch und droht ihn in völlige Unbestimmtheit zu entlassen, weshalb Dilcher mit dem Übergang zu dieser Begriffsbestimmung ein komplementäres Kriterium heranzieht, das des *Rechtszwanges*, das den Zweck hat, Recht von den moralisch, sittlichen, religiösen und sonstigen weiteren Aspekten der allumfassenden Ordnung doch – und zwar diesmal soziologisch und nicht rechtsdogmatisch – abgrenzen zu können. Die ›Ordnung‹ hat dabei ein normativ-faktisches Doppelgesicht, einerseits ist sie vorgefundene Realität und andererseits besteht sie nur insoweit als »Überzeugungen der Rechtsgemeinschaft von ›Ordnung‹ und ihrem Bruch durch bestimmte Handlungen«[159] bestehen. *Rechtsgewohnheit* ist also Teil einer durch Rituale repräsentierten »konsensuale[n] Überzeugungsordnung«[160]. Diese Auffassung erlaubt es Dilcher nun, auf die bei Kroeschell umstrittene Frage, inwieweit angesichts des ganz und gar formalen Ablaufes mittelalterlicher Gerichtsverfahren überhaupt von objektivem materiellem Recht die Rede sein könne, eine elegante Antwort zu finden: »Die ritualisierten, auf inhaltliche Beurteilung verzichtenden Verfahrensschritte des Rechtsganges greifen auf Vorstellungen einer richtigen Ordnung zurück, die aber nicht zu durchsetzbaren Rechtsnormen verdichtet wird«[161]. Auch in dieser Formulierung ist die Ordnung umfassender gedacht als eine ›Rechtsordnung‹ oder gar nur eine ›Prozeßordnung‹, aber sowohl die ritualisierten

156 G. Dilcher – Recht ohne Staat, Rechtsdurchsetzung ohne Staat?, S. 142.

157 G. Dilcher – Die Zwangsgewalt und der Rechtsbegriff vorstaatlicher Ordnungen im Mittelalter, S. 116f.

158 A.a.O. S. 139.

159 A.a.O. S. 137.

160 A.a.O. S. 138.

161 G. Dilcher – Bildung, Konstanz und Wandel von Normen und Verfahren im Bereich mittelalterlicher Rechtsgewohnheit, S. 199.

Verfahrensschritte lassen sich als Teil dieser Ordnung verstehen wie auch materiellrechtliche Gehalte vermittelst der in den Rechtsworten zusammengefaßten Vorstellungen von Ordnung und Bruch der Ordnung. Recht und Unrecht werden nicht an Hand der Subsumtion unter vorgegebene hypothetische Normen bestimmt, sondern sind unmittelbar an der Ordnung ›ablesbar‹. Auch ist nicht sichergestellt, daß die so verstandene ›Ordnung‹ überhaupt eine bestimmte Entscheidung vorgibt[162], mitunter sind Unrecht und Gewalt endemisch und müssen, der Mentalität der Zeit entsprechend, als ›Strafe‹ für die ›Sündhaftigkeit‹ erduldet und hingenommen werden. Damit sind die Brücken zu einem positivistischen Rechtsbegriff, wie er im ersten Abschnitt ausgebreitet wurde, endgültig abgebrochen.

Dennoch bleiben bei dieser Begriffsbildung noch vielerlei Fragen unbeantwortet, von deren Beantwortung aber abhängt, ob das begriffliche Instrumentarium für wissenschaftliche Ansprüche hinreichend scharf ist: Wie sieht das Verhältnis der einzelnen rechtlichen und nichtrechtlichen Aspekte/Momente an dieser ›Ordnung‹ aus? Welche Rolle spielt die qualifizierte ›konsensuale‹ Öffentlichkeit bei der Vermittlung und Abwägung dieser Aspekte?[163] Wie funktioniert Rechtskonkretisierung in diesem nichtausdifferenzierten Recht? Und welches Verhältnis zwischen modernen Rechtsbegriffen und Quellenbegriffen läßt sich vor diesem Hintergrund ableiten?

Der angesprochene Komplementärbegriff zur *Rechtsgewohnheit*, der *Rechtszwang* eröffnet Dilcher einen doppelten Zugang zum Problem des Rechts im Mittelalter, gleich einem rechtsdogmatisch-rechtssoziologischen Zangenangriff. Stellt die *Rechtsgewohnheit* einen rechtsdogmatischen Begriff abseits von Gesetz und Normensystematik dar, so komplementär dazu der frühmittelalterliche *Rechtszwang* eine Form des Rechtsdurchsetzungswillens ohne obrigkeitliche Monopolisierung legitimer Gewaltanwendung. In der ihren Ursprung bei Max Weber gar nicht verbergenden Verknüpfung von Recht und Zwang geht es darum, ein Kriterium zu gewinnen, wie das in seiner Durchlässigkeit zu anderen normativen Aspekten der Ordnung allzu offen konzipierte Recht dennoch deutlich abgegrenzt werden könne:

162 »Die Ordnung hält aber nicht notwendig eine Entscheidungsnorm bereit, eher ritualisierte Wege als Angebot.« G. Dilcher – Mittelalterliche Rechtsgewohnheit als methodisch-theoretisches Problem, S. 51.

163 Gerhard Dilcher besteht darauf, daß es sich bei frühmittelalterlichen Gerichtsversammlungen um »kein ›Palaver‹ [i.S. der ethnologischen Forschung handelt], wie man es in manchen Stammesgesellschaften findet, […] ein Verfahren also, in welchem im gleichzeitigen Reden vieler eine Konfliktlösung gefunden wird.« Ders. – Bildung, Konstanz und Wandel von Normen und Verfahren im Bereich mittelalterlicher Rechtsgewohnheit, S. 193. Dagegen scheut Jürgen Weitzel diesen Vergleich für die Frühzeit nicht: »Dieses ältere Rechtsverständnis hat seine Grundlagen in der Sühne, in der Genossenschaft, im gemeinsamen Gespräch, wenn man will – im Palaver.« Ders. – Dinggenossenschaft und Recht, S. 196.

Es geht darum, »Recht als eine zwangsweise durchsetzbare Ordnung zu definieren und es insoweit von den Normbereichen von Brauch, Sitte, Moral und Religion zu unterscheiden«[164]. Dilcher versucht damit auch der immer wieder spürbaren hermeneutischen Konfusion bei der Vermengung von modernem Vorverständnis von dem, was Recht sei, und Quellenbegriffen vorzubeugen: »Das Kriterium des Rechtszwanges bringt hier den Vorteil eines klareren analytischen Ausgangspunktes. Man kann sich hier dem Rechtsbegriff von einem äußeren, soziologisch erkundbaren Kriterium nähern«[165]. Hier kommt ihm entgegen, daß Max Webers Zwangsbegriff nicht an den Staatsbegriff gebunden ist[166], sondern derart weit gefaßt, daß gewaltsame Durchsetzung mittels Fehde mitumfaßt wird und diese somit als Rechtsphänomen deutbar bleibt[167]. Die Abgrenzung der *Ordnung des Rechts* (bzw. genauer des rechtlichen Aspekts der Lebensordnung) gilt auch z.B. gegenüber der Ordnung innerhalb der Familie, die in gewisser Weise nicht streitig werden kann, zumindest nicht im gerichtlichen Verfahren[168]. Das hängt damit zusammen, daß rechtlich relevanter Streit und rechtlicher Zwang vorerst das Verhältnis zwischen organisierten Einheiten bzw. Verbänden (Freunde/Verwandte/Getreue) betreffen (»intersegmentäre Konflikte«[169]) und nicht die Struktur innerhalb dieser (»innersegmentärer Bereich«[170]), womit, wie Dilcher betont, eine gewisse Verwandtschaft

164 G. Dilcher – Die Zwangsgewalt und der Rechtsbegriff vorstaatlicher Ordnungen im Mittelalter, S. 112.

165 A.a.O. S. 117 f.; vgl. Ch. Birr – Rezension zu ›A. Cordes, B. Kannowski (Hrsg.), Rechtsbegriffe im Mittelalter‹, Abs. 7.

166 G. Dilcher – Recht ohne Staat, Rechtsdurchsetzung ohne Staat?, S. 142. M. Weber – Wirtschaft und Gesellschaft, S. 182 ff.

167 »Für Weber gehört hierbei auch der Fehdegang […] zum Bereich des Rechts.« G. Dilcher – Die Zwangsgewalt und der Rechtsbegriff vorstaatlicher Ordnungen im Mittelalter, S. 119.

168 »Der Bereich von Familie und Verwandtschaft folgt zweifellos sehr alten Lebensnormen, die aber zunächst noch nicht dem Urteil der Rechtsgemeinschaft unterliegen. Die Regeln des Erbes und der Güterordnung in der Familie werden lange nicht als Rechtsregeln, die äußerem Zwang unterliegen, aufgefaßt.« G. Dilcher – Bildung, Konstanz und Wandel von Normen und Verfahren im Bereich mittelalterlicher Rechtsgewohnheit, S. 199; »Während in Haus und Familie bis zu einem gewissen Grad Sitte und Konvention die notwendige Verhaltensstabilisierung und Erwartungssicherheit für den anderen bewirken konnten, ist im darüber hinausgehenden Bereich bis hin zu Stamm und Völkerschaft eine Ordnung und Konfliktregelung notwendig, die auf einem gewissen, eventuell auch kollektiven Durchsetzungszwang beruht und darum als Recht anzusprechen ist. […] Im Sinne der Ethnologie können wir bei den germanischen Stämmen von einer tribalen und segmentären Struktur ausgehen.« G. Dilcher – Zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte der mittelalterlichen Rechtskultur, S. 617 f.

169 G. Dilcher – Die Zwangsgewalt und der Rechtsbegriff vorstaatlicher Ordnungen im Mittelalter, S. 129.

170 A.a.O. S. 152.

zum modernen Völkerrecht gegeben ist[171]. Er gerät an dieser Stelle, bedingt durch die zunehmende Dominanz des Ordnungsbegriffs im Gefüge, an den Rand der Versuchung, den Rechtsbegriff überhaupt preiszugeben und die Kategorien *Recht* und *Unrecht* im Anschluß an Simon Roberts durch das Begriffspaar *Ordnung* und *Konflikt* ganz zu ersetzen[172]. Insgesamt folgt er aber methodisch weder diesem Impuls der Rechtsethnologie noch der in gelegentlichen Verweisen anklingenden Rechtssoziologie Niklas Luhmanns, deren Instrumentarium aber den kommunikativ ausdifferenzierten sozialen Systemen, darunter eines das Recht, gilt, eine Theorie, die den mittelalterlichen Verhältnissen unterhalb der Schwelle solcher Ausdifferenzierungen nicht angemessen scheint[173].

Die Komplementarität von dogmatischem Rechtsbegriff und soziologisch gefaßtem Rechtszwang ist so zu verstehen, daß beide Begriffe einander wechselseitig bestimmen – der Zangenangriff kann nur gelingen, wenn beide in einem Scharnier ineinandergreifen. Denn dem Zwang allein ist nicht anzusehen, ob er Rechtszwang ist oder unrechtmäßiger Zwang. Eine rein soziologische Betrachtungsweise führt an dieser Stelle nicht weiter, die Begriffe müssen sich hier wechselseitig erhellen. Ebenso ergeht es einem mit der Abgrenzung zum außerrechtlichen Zwang. Während diffuse soziale Mißbilligung hier ausscheiden dürfte und Max Webers Abstellen auf das Vorhandensein eines Zwangsapparates insofern zielführend ist, erweist es sich schwieriger schon, ein Kriterium dafür zu finden, Sanktionsmechanismen innerhalb von sozialen Einheiten aus der Sphäre des Rechts zu verweisen, da diese durchaus in der Gestalt von Zwang in Verbindung mit einem gewissen Grad an Organisation auftreten können. Was Zwang zum ›Rechts‹-Zwang macht, wird also in einer Verbindung des Elements der Öffentlichkeit – wie sie sowohl Gerichtsverfahren als auch Fehdeführung teilen – mit dem der Gewaltbezogenheit zu suchen sein, der z.B. der diffusen Sanktionierung von gleichwohl öffentlichen Verstößen gegen Benimmregeln fehlt. Der Begriff des Rechtszwanges liefert ein zusätzliches Unterscheidungs-

171 A.a.O. S. 114.

172 »Die Kategorien von Ordnung und Konflikt stehen bei einer oralen Kultur weitgehend anstelle der Kategorien Recht und Unrecht.« G. Dilcher – Mittelalterliche Rechtsgewohnheit als methodisch-theoretisches Problem, S. 51; ders. – Die Zwangsgewalt und der Rechtsbegriff vorstaatlicher Ordnungen im Mittelalter, S. 113.

173 »Die Rechtssoziologie Niklas Luhmanns führt gerade an dieser Stelle nicht weiter, weil sie mit ihrem Rechtsbegriff auf die Normbildung abhebt und dadurch kein Abgrenzungskriterium zwischen Recht und nichtrechtlichen Normbildungen bietet, um das es uns aber gehen muß.« A.a.O. S. 118, in Anschluß an J. Weitzel – Der Grund des Rechts in Gewohnheit und Herkommen, S. 138 ff.; vgl. zu Luhmann auch unten Abschnitt IV, Kapitel 10, Unterkapitel *Theorieangebote an die Rechtsgeschichte: Luhmann, Hayek, Hart.*

kriterium des Rechtlichen nur insoweit, als er die stets zumindest latent vorhandene Gewaltbezogenheit des Rechts ins Spiel bringt.

Dilchers fünf Formen des Zwanges, die *Fehde*, das *Handhaftverfahren*, die *Acht*, der *Gerichtszwang* und die *geschworene Gemeinschaft*[174], weisen allesamt diese beiden Elemente auf. Die offene Tötung in der Fehde steht ausdrücklich der heimlichen gegenüber, das Handhaftverfahren ist seinem Wesen nach Herstellung von Öffentlichkeit, das Ding ist Öffentlichkeit *par excellence*[175] und der öffentlich geschworene Eid konstitutiver Kern der geschworenen Verbände. Wenn wir den hartnäckigen Mythos von der die ganze Rechtsgemeinschaft bindenden Acht (Friedlosigkeit) beiseitelassen, können die von Dilcher behandelten Wege, die der Rechtszwang im Mittelalter einschlägt, gut mit den rechtsdogmatischen Formen (wie sie im zweiten Abschnitt herausgearbeitet wurden) in Einklang gebracht werden: Fehde und Handhaftverfahren entsprechen der rechtsgewohnheitlichen Schicht des *rechts*; der Gerichtszwang korrespondiert dem Gebotsrecht und der Zwang innerhalb von geschworenen Gesellschaften ist Ausfluß und Folge der Rechtsform der Willkür.

Zusammenfassend wird an Gerhard Dilchers Rechtsbegriff (für frühmittelalterliche Verhältnisse) ein bedeutender Fortschritt in der Konzeption erkennbar, als deren Kern sich die Verknüpfung von *Oralität*, *Rechtsgewohnheit* und *dinggenossenschaftlichen Verfahren* ausmachen läßt (was zugleich mit der Verknüpfung von Ritualisierung, Ordnungsgebundenheit und Konsensnotwendigkeit als Charakteristika einhergeht), eine Konzeption, die auf die Behauptung bzw. Inkaufnahme zweier Thesen fußt: (a) ›Orale und Schriftkulturen haben eine grundsätzlich verschiedene Auffassung vom Recht (verschiedene Normstruktur)‹ und (b) ›Das Mittelalter ist – trotz verbreiteter Schriftlichkeit – im wesentlichen den oralen Kulturen zuzurechnen‹[176]. Beide Thesen lassen sich natürlich bestreiten und wurden auch bestritten. Eine rechtstheoretische Konsequenz ihrer Gültigkeit ist jedoch, daß ein Vorrang der über das rein Rechtliche weit hinausreichenden gesamten ›Lebensordnung‹ vor den Rechtsnormen im engeren Sinn, die höchstens in abgeleiteter Form eine Rolle spie-

---

174 Vgl. den Abschnitt *Der Zwangsapparat der Zwangsgewalt* in G. Dilcher, a.a.O. S. 128 ff., bzw. ders. – Recht ohne Staat, Rechtsdurchsetzung ohne Staat?, S. 144 ff.

175 »Es gibt nämlich im Mittelalter kaum etwas Öffentlicheres als das Gericht. Die Gerichtsversammlung ist nach Alter, Verbreitung und Dauerhaftigkeit die institutionalisierte Form öffentlicher, nämlich Allgemeinheit bildender und auf Allgemeingeltung der getroffenen Beschlüsse zielender Kommunikation schlechthin.« J. Weitzel – Vorverständnisse und Eckpunkte in der Diskussion um ein frühmittelalterlich-fränkisches Strafrecht, S. 544 f.; vgl. ders. – Gerichtsöffentlichkeit im hoch- und spätmittelalterlichen Deutschland, S. 71 f.

176 So formuliert auch bei H. Vollrath – Rechtstexte in der oralen Rechtskultur des frühen Mittelalters, S. 320.

len können, anzunehmen ist. Normen im eigentlichen und modernen Verständnis hat erst der sich verbreitende Einsatz der Schriftform hervorgebracht.

Im Grunde wird hier KROESCHELLS These von der Rationalisierung des Rechts im 12. Jahrhundert fortgeführt und verfeinert. Durch die Kontrastierung von Recht in der Stadt und Recht im umgebenden Land unter der Perspektive der Eigengesetzlichkeit von Schriftlichkeit und Mündlichkeit wird dazu viel mehr gesagt; mit der Aufklärung der Struktur oraler Rechtsgewohnheit wird nicht nur ein frühmittelaltertauglicher Rechtsbegriff abseits der ›Logik der Schrift‹ weiter fundiert, sondern darüber hinaus ein Modell rationalen Formwandels geboten, das sowohl die im Okzident singuläre soziale Veränderung in den Städten als auch den Wandel des Rechts in Richtung zunehmender positivistischer Normqualität adäquat zu beschreiben vermag.

Nun zur Kritik: GERHARD DILCHER behandelt den Gegensatz von mündlicher Rechtsgewohnheit und schriftlicher stadtrechtlicher Normativität, wie mehrfach angesprochen, als »Wandel der Normstruktur« und beantwortet damit die in der Rechtshistorie aufgeworfene Frage, ob es zulässig sei, »für das schriftlose Recht überhaupt von einer gleichartigen Normativität auszugehen, wie sie aus dem neueren Recht vertraut ist«[177], dahingehend, der oralen Rechtsgewohnheit eigne eine besondere, andersartige Normstruktur. Der Rückgriff auf den Normbegriff erfolgt scheinbar selbstverständlich, der weiterführende Begriff der Normstruktur selbst bleibt unerörtert[178].

Der Begriff der ›Norm‹ wird bei DILCHER nicht nur regelmäßig als Synonym für Recht gebraucht[179], und zwar ungeschieden sowohl für die Rechtsgewohnheit wie

177 R. Schulze – ›Gewohnheitsrecht‹ und ›Rechtsgewohnheiten‹ im Mittelalter, S. 15.

178 Was für den Normbegriff festzustellen ist, gilt *mutatis mutandis* auch für den Systembegriff: Gerhard Dilcher spricht beispielsweise in seinem Einleitungsreferat zur Tagung *Leges – Gentes – Regna* ganz unbefangen von den »normativen Systeme[n] von Religion, Sprache und Recht der germanischen Völker« (ders. – Leges, Gentes, Regna: Fragen und Probleme, S. 25) und unterbietet damit die tiefen Einsichten seiner eigenen Arbeiten zum Rechtsbegriff im Mittelalter.

179 Dilcher verwendet regelmäßig das Adjektiv ›normativ‹ im gewöhnlichen Sinn von ›gesollt‹, auch dazugehörige Begriffe wie ›Normativität‹ (Bildung, Konstanz und Wandel …, S. 187; Die staufische Renovatio …, S. 642, Die stadtbürgerliche Gesellschaft …, S. 101), ›Normierung‹ (Mittelalterliche Rechtsgewohnheit …, S. 40) oder ›normatives Gefüge‹ bzw. ›Normengefüge‹ (Bildung, Konstanz und Wandel …, S. 192; P. Caroni, G. Dilcher – Norm und Tradition, S. 13), ›normative Ordnung‹ (Mittelalterliche Rechtsgewohnheit …, S. 27; Zeitbewußtsein …, S. 53), ›normative Struktur‹ (Zeitbewußtsein …, S. 31), ›normativer Handlungshorizont (Zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte …, S. 629); auch ›normative Vorgaben‹ (Die staufische Renovatio …, S. 616); sehr oft begegnet der Begriff der ›Norm‹ selbst, daneben auch ›normgemäß‹ (Oralität …, S. 17), ›Normvorstellung‹ bzw. ›normative Vorstellungen‹ (Recht ohne Staat …, S. 144), ›Normstruktur‹ (Oralität …, S. 13),

für Schriftrecht, er wird überdies ganz unreflektiert verwendet, es wird keine Rechenschaft darüber abgelegt, was das für ein Gegenstand sei, dessen Strukturwandel den Übergang von mittelalterlichem und modernem Recht ausmacht. Wie aber der erste Abschnitt der vorliegenden Arbeit deutlich zu machen versucht, gibt es einen unbefangenen, unkontroversiellen, gleichsam simplen und harmlosen Gebrauch des Begriffs ›Norm‹ nicht – zumindest nicht in einem wissenschaftlichen Kontext –, sondern dieser stellt einen Komplex von aus vielerlei Perspektive höchst strittigen Fragen dar. Ein unbefangenes Aufgreifen steht jedenfalls einem wissenschaftlichen Diskurs nicht an, dieser darf die Ergebnisse der Nachbarwissenschaften, hier der Rechtstheorie bzw. Rechtsphilosophie, nicht gänzlich unbeachtet beiseitelassen. Es bleibt unklar, was an der Normstruktur einem Wandel unterliegen soll. Auch ist die Rede vom ›Normstrukturwandel‹ insofern mehrdeutig, als unerörtert bleibt, ob es um einen Wandel in der Binnenstruktur der Norm geht, also in ihrem Aufbau der Verknüpfung von Tatsachenkomplex und Sollensoperator, Rechtsgewohnheiten sohin andersartige deontische Operatoren erfordern würden bzw. ein präzise faßbares ›Sollen‹ in ihnen gar nicht zum Ausdruck kommt. Oder ist umgekehrt die Struktur zwischen den Normen angesprochen, bezieht sich der Wandel auf die Geltungsbedingungen der Norm, so daß vom gleichen einheitlichen Normbegriff sowohl im Schriftrecht wie im mündlichen gewohnheitsbestimmten Recht auszugehen wäre? Insbesondere die öfter betonte Offenheit gegen andere Normensysteme religiöser oder moralischer Provenienz müßte sich in einer derartigen Inter-Norm-Struktur niederschlagen. All das wird nicht oder kaum thematisiert. Es scheint, als hätte die Berufung auf den Normbegriff und dessen Wandel lediglich metaphorische Bedeutung, als ginge es nur darum, die ›Andersartigkeit‹ des mittelalterlichen Rechts irgendwie in Worte zu fassen.

---

›Normcharakter‹ (Oralität …, S. 13), ›Normenordnung‹ (Die stadtbürgerliche Gesellschaft …, S. 99), ›Normbereich‹ (Die Zwangsgewalt …, S. 112), ›Normenkatalog‹ (›Hell, verständig …‹, S. 21; Die stadtbürgerliche Gesellschaft …, S. 101), ›Normenmaterial‹ (P. Caroni, G. Dilcher – Norm und Tradition, S. 12), ›Normüberlieferung‹ (Oralität …, S. 15), ›Normverstoß‹ (Recht ohne Staat …, S. 149), ›Normverletzung‹ (Fehde, Unrechtsausgleich …, S. 43), ›Normbildung‹ (Mittelalterliche Rechtsgewohnheit …, S. 39) bzw. ›Normenbildung‹ (Zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte …, S. 633), ›Normsetzung‹ (Stadtherrschaft …, S. 41), ›Normanwendung‹ (Mittelalterliche Rechtsgewohnheit …, S. 39; Zur Theorie des Gewohnheitsrechts …, S. 69), aber auch ›Lebensnorm‹ (Recht ohne Staat …, S. 150); gleichbedeutend dürften sein ›Regel‹ (Oralität …, S. 14; Zur Theorie des Gewohnheitsrechts …, S. 69), ›Rechtsregel‹ (Oralität …, S. 14; Zur Theorie des Gewohnheitsrechts …, S. 69), ›normative Regel‹ (Mythischer Ursprung …, S. 147 f.; Die Zwangsgewalt …, S. 119), ›generelle Regelung‹ (Mittelalterliche Rechtsgewohnheit …, S. 26), ›abstrakt-normative Rechtssätze‹ (Mittelalterliche Rechtsgewohnheit …, S. 33).

Insgesamt scheint es – und dieser Vorwurf trifft Dilcher keineswegs allein –, als seien entscheidende der Eigenschaften, die orale von Schriftkulturen unterscheiden, nicht in aller Konsequenz berücksichtigt. Dazu gehört, daß Oralität wesentlich subsumtionsfeindlich ist: »formally syllogistic and inferential reasoning are particularly revealing. [...] illiterate subjects seemed not to operate with formal deductive procedures at all«[180]. Diese vielfach belegte Abneigung gegen logische Schlüsse aller Art[181] wird *mutatis mutandis* auch für normenlogische Inferenz, also gerade auch für die subsumtive Applikation von Rechtsnormen zu erwarten sein. Wenn, wie Jack Goody meint, gilt, daß »der Syllogismus die soziale Erfahrung und den unmittelbaren persönlichen Lebenszusammenhang eines Individuums außer Acht [läßt]«[182], dann liegt diese Schlußform gewissermaßen quer zur Verfahrungsweise oraler Kulturen und paßt damit als Argumentationsmodus keinesfalls zu den Formen, in denen z.B. in einer Dingversammlung Recht erinnert/›gefunden‹/geschaffen wird. Es nimmt also nicht Wunder, wenn festgestellt wurde, daß die Rechtskonkretisierung »im mittelalterlichen Recht nur rudimentäre Ansätze einer Subsumtion hervorgebracht hat«[183]. Wem es von seiner Denkstruktur her schwerfällt, Tatsachen aus allgemeinen Aussagen formell herzuleiten (wofür es zahlreiche ethnologische Beispiele gibt), der wird auch in seinem Urteil über die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit einer bestimmten Handlung keine vergleichbare Herleitung aus generellen Normen vornehmen. Der explizite Umgang mit Normen, d.h. die Anwendung von Normsätzen auf Sachverhalte mittels normenlogischem Syllogismus, steht als Denkform einer oralen Kultur nicht zur Verfügung. Es geht dabei weniger darum, daß Normen wegen der fehlenden schriftlichen Fixierung von Normsätzen nicht in stabiler Form tradierbar sind, sondern Schriftlichkeit als solche, insbesondere in der Form alphabetischer Buchstabenschrift, schafft erst die Voraussetzung abstrakten

180 W.J. Ong – Orality and Literacy, S. 52.

181 Man muß sich jedoch hüten oralen Kulturen deshalb irrationales oder unlogisches Verhalten zu unterstellen: »Nor must we imagine that orally based thought is ›prelogical‹ or ›illogical‹ in any simplistic sense – such for example, in the sense, that oral folk do not understand causal relationships.« W.J. Ong, a.a.O. S. 56f. Was fehlt, ist offenbar ein expliziter Umgang mit logischen Schlüssen, die implizit im Denken sehr wohl am Werk sein mögen. Das ist nichts weiter als die Kehrseite der Zusammenhanges von Schrift und Logik. Der historische Umstand, »daß die Idee der ›Logik‹ [...] erst zur Zeit der ersten Kultur, in der eine alphabetische Schrift allgemein verbreitet war, entstanden zu sein scheint« (J. Goody, I. Watt, a.a.O. S. 88), führt zur Vermutung, daß es »einen unmittelbaren Kausalzusammenhang von Schrift und Logik [gibt]« (a.a.O. S. 101); vgl. z.B. Ch. Stetter – Schrift und Sprache, S. 353: »Die Schriftlichkeit der Methode ist [...] konstitutiv für die Ausbildung formalen Denkens und damit der formalen Logik.«

182 J. Goody, I. Watt, a.a.O. S. 110f.

183 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 875; zur mittelalterlichen Argumentationstechnik im historiographischen Kontext G. Althoff – Das argumentative Gedächtnis.

Denkens[184] in einem Umfang, den wir beim Praktizieren normenlogischer Schlüsse voraussetzen müssen: So wie *per se* sinnlose Buchstaben in ihrer Kombination sinnvolle Sätze ergeben, läßt sich analog aus der Kombination abstrakter Bausteine des Typs ›Norm‹ Recht als systematische Ordnung konstruieren, die ›gilt‹ und sodann *en bloc* auf Sachverhalte ›anwendbar‹ wird.

Es geht beim Wandel, den Dilcher im Sinn hat, weniger um einen Wandel in der *Normstruktur* als – jenseits der strukturellen Ebene der ›Norm‹ – um einen Wandel der *Rechtsstruktur*, einen Wandel von der *normlosen Gestalt* oraler Rechtsgewohnheit zur *Normstruktur* des Schriftrechts. Eine Struktur ohne definite Normen geht über in eine, deren Elemente durch Normsätze repräsentierbare anwendbare Größen sind. Der Normbegriff kann hier keine sinnstiftende übergreifende Bedeutung haben, er steht wesentlichen Einsichten im Weg; allenfalls dem Adjektiv ›normativ‹ i.S.v. ›gesollt‹ möchte man für beide Modi des Rechtlichen noch eine gewisse Verwendbarkeit zubilligen. Einerseits werden von Dilcher alle Ingredienzien minutiös herausgearbeitet, die für primär oral ausgerichtete Kulturen typisch sind, andererseits wird mit einem rechtstheoretischen Verständnis operiert, daß trotz aller Beteuerungen der Andersartigkeit zur Gänze am Schriftrecht ausgerichtet bleibt. Es wird im frühmittelalterlichen Rechtsstreit weder innerhalb noch außerhalb des Gerichts mit ›Normen‹ operiert, es gibt keine ›Fallnormbildung‹[185], auch nicht versteckt. Die Abgrenzung der *Rechtsgewohnheit* vom gesetzesgleichen *Gewohnheitsrecht* mißlingt

184 »Das Modell der Auflösung der Erscheinungswelt in für sich nichts mehr bedeutende Elemente, deren Kombination gleichwohl Bedeutung ergibt, [d.h. die Buchstabenschrift] war damit in der Welt […] Nach dem Vorbild des Alphabets beginnen – wie Platon berichtet – die ionischen Naturphilosophen, die phänomenale Welt des Kosmos in Elemente zu zerlegen, um sie dann aus ihnen zu re-konstruieren. Die Idee des Atoms, der sinnlich nicht mehr wahrnehmbaren Bausteine der Materie, ist in Analogie zur Zerlegung des logos in Elemente entstanden […]« Ch. Stetter, a.a.O. S. 304.

185 »Die Fallnorm ist diejenige Regel des objektiven Rechts, die einem lösungsbedürftigen Sachverhalt eine ihn regelnde Rechtsfolge zuordnet.« W. Fikentscher – Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung Bd. IV, S. 202. Eine rechtstheoretische Rekonstruktion des dinggenossenschaftlichen Verfahrens, die das Künden des Rechts mit der *ad hoc* Bildung einer aus der Erinnerung geschöpften ›Fallnorm‹ gleichsetzt, verfehlt die oralen Bedingungen dieses Prozesses und macht sich erst wieder einer gewaltsamen Umdeutung der Rechtsgewohnheit in schriftrechtsanaloges Gewohnheitsrecht schuldig; vgl. G. Dilcher – Mittelalterliche Rechtsgewohnheit als methodisch-theoretisches Problem, S. 65. Bei Weitzel heißt es zu Fikentscher: »Der Schriftlichkeit und dem Rechtssystem bleibt auch Fikentschers Lehre von der Fallnormschöpfung verhaftet. […] Der mittelalterliche Mensch, der nicht im System, hinter dem sich nicht zuletzt ein schriftgewohntes Denken verbirgt, denkt, kennt keine Rechtsbildung, er kennt nur die Rechtsfindung.« Ders. – Dinggenossenschaft und Recht, S. 1349 FN 27. Materielle Rechtsregeln, die »hinter Beweisurteilen stehen«, werden erst ab dem 13./14. Jahrhundert erkennbar (J. Weitzel – Recht und Spruch der Laienurteiler, S. 58).

damit im selben Ausmaß, in dem durch die unkontrollierte Verwendung des Wortes ›Norm‹ der dazugehörige Begriff das Modell der Rechtskonkretisierung affiziert und an Vorstellungen wie der Applikation von Normenordnungen und Subsumtion ausrichtet. Daß dieses gedankliche Umfeld nicht verlassen wird, macht gerade die Verwendung assoziierter Schlüsselbegriffe wie ›Anwendung‹ bzw. ›Geltung‹ deutlich. Eine Lebensordnung i.S.v. Dilcher wird weder angewandt, noch gilt sie.

Dabei fehlt es bei Dilcher nicht an der Artikulation von Zweifeln an der Angemessenheit des Normbegriffs, z.B:

> »Es sind anhand mancher Beobachtungen Zweifel entstanden, ob man innerhalb der Gewohnheitsordnung überhaupt von Normen sprechen kann, ob nicht die Beilegung eines Konfliktfalles aus einem anderen Bewußtseinshintergrund erfolgt, als dem, die Lösung aus einer Norm – welcher Art oder welchen Abstraktionsgrades auch immer – abzuleiten. Auch wenn man Gründe hat, hier von Recht zu sprechen, so ist jedenfalls seine Qualität gänzlich anders als diejenige der den Juristen geläufigen Rechtsordnungen, auch der eines schriftlich fixierten Case Law. Die Verbindung von sozialer Lebensordnung zu Konfliktbeilegung ist also möglicherweise anders zu denken als über Aufstellung und Anwendung einer Norm.«[186]

An anderer Stelle wird davon gesprochen, »daß erst mit dem schriftlich fixierten Stadtrecht die Qualität von Normen erreicht«[187] werde, woraus im Umkehrschluß abzuleiten wäre, daß Dilcher Rechtsgewohnheit nicht auf dem Niveau bzw. der ›Qualität‹ von Normen bzw. diese noch »nicht zu durchsetzbaren Rechtsnormen verdichtet«[188] sieht. Oder es wird betont, »wie wenig der Rechtsbereich als abstrakt-normatives Modell von Tatbestand und Rechtsfolge aus den allgemeinen Lebensnormen und Lebensformen, einschließlich der Darstellung menschlicher Emotionalität, ausdifferenziert ist«[189] bzw. eine »Ausdifferenzierung eines Bereichs Recht auf der normativen Ebene noch nicht stattgefunden [hat]« [190], oder es wird ganz allgemein

---

186 G. Dilcher – Mittelalterliche Rechtsgewohnheit als methodisch-theoretisches Problem, S. 38; siehe auch a.a.O. S. 25 ff.

187 G. Dilcher – Gewalt, Friede und Recht, S. 101. Ähnlich ders. – Warum mittelalterliche Rechtsgeschichte heute?, S. 18: »Man kann fast sagen, daß die Normativität von Recht hier in den Städten […] entdeckt oder wiederentdeckt worden ist.«

188 G. Dilcher – Bildung, Konstanz und Wandel von Normen und Verfahren im Bereich mittelalterlicher Rechtsgewohnheit, S. 199.

189 G. Dilcher – Recht ohne Staat, Rechtsdurchsetzung ohne Staat?, S. 150, bzw. ders. – Die Zwangsgewalt und der Rechtsbegriff vorstaatlicher Ordnungen im Mittelalter, S. 146.

190 A.a.O. S. 150. ›Normative Ebene‹ kann hier nur im Sinne einer ›technischen Ebene von Normen‹ zu verstehen sein.

die Inkompatibilität des frühmittelalterlichen Rechtsdenkens mit dem Begriff der Rechtsregel (Norm) unterstrichen[191].

Dennoch wird nicht die Konsequenz gezogen und diesem ›anderen Bewußtseinshintergrund‹ bzw. der ›andersartigen Qualität‹ des Rechts durch Verzicht auf den Normbegriff und Formulierung eines diesen ersetzenden theoretischen Konzepts Rechnung getragen. In gewisser Weise ist also Dilchers Vorwurf an Weitzel, die Auswirkung von Oralität nicht genügend berücksichtigt zu haben, an diesen zurückzureichen.

### *Der Rechtsbegriff Jürgen Weitzels*

Bei Jürgen Weitzel ist die Normproblematik insoweit noch verschärft, als er eine rechtstheoretisch fundierte Lösung für das Problem des Rechts im Mittelalter sucht und sich auch mit Rechtstheoretikern (insbesondere Gerhart Husserl) auseinandersetzt. Einen *ersten* Vorstoß für eine mittelalterliche Rechtstheorie oder zumindest für den Aufriß eines Rechtsbegriffs, der wesentliche Züge mittelalterlichen Zugangs zum Recht prägnant erfaßt, bietet die Schrift *Über Oberhöfe, Recht und Rechtszug* aus dem Jahr 1981; dort heißt es:

> »Das deutsche Erkenntnisverfahren subsumiert nicht, genauer gesagt, die von ihm geübten einfachen Subsumtions- und Assoziationsvorgänge sind nicht ins Bewußtsein getreten und zu einer Methode der Rechtsfindung ausgebaut worden. Die Schelte geht folglich im Gegensatz zur Appellation von der Vorstellung aus, der Erkenntnisprozeß des Rechts könne nicht verbessert werden. Es gibt nur das (richtige) Recht oder gar kein Recht, entweder man weiß es oder man weiß es nicht. Es wird auch im Einzelfall nicht durch die bewußte Anwendung von Kunstregeln auf als je eigenständig gedachte Obersätze und Sachverhalte ermittelt, sondern unmittelbar aus dem rechtlich verstandenen Sachverhalt gefunden und erkannt. Abstraktionen schieben sich nur in begrenztem Umfang und vor allem nicht als System zwischen die Tatsachen und die Art, sie zu verstehen.«[192]

Im III. Abschnitt derselben Arbeit über »die Rechtsvorstellung« fragt Weitzel dann nach der »Normqualität«[193] dieses Rechts, das da ohne Rekurs auf Subsumtionstechniken gefunden wird, mit der Zielsetzung, »diese Rechtsordnung in ihrer eigenen Konsequenz zu verstehen [und] herauszufinden, welche systemimmanente Logik

191 G. Dilcher – Zur Theorie des Gewohnheitsrechts zwischen Alteuropa und Moderne, S. 69.
192 J. Weitzel – Über Oberhöfe, Recht und Rechtszug, S. 8.
193 A.a.O. S. 20.

darin steckt«[194]. Zentraler Zug von WEITZELS Forschungsansatz in dieser Hinsicht ist – an dem im übrigen bis in jüngste Zeit nichts Entscheidendes sich verändert hat –, daß das Recht im Mittelalter nur im funktionalen Zusammenhang mit der Rechtspflege gesehen werden kann, eine Prämisse, die letztlich in die zugespitzte Charakterisierung mündet: »Das von allen akzeptierte Urteil ist das Recht. […] Da alles Recht nur im Gericht faßbar wird, bezeichnet man das Gericht als ›das Recht‹«[195]. Aus dem mittelalterlichen Sprachgebrauch und der spezifischen Form der Rechtserkenntnis im Gericht wird ein Begriff vom Recht extrahiert, der das Gericht nicht nur zum privilegierten Ort seiner Auffindbarkeit und autorisierten Konkretion macht, sondern das gerichtlich gesprochene Wort gleichsam zu seiner einzigen Existenzform erklärt[196] – prägnant in die Formel »Recht = Gericht« gekleidet[197].

Das rechtstheoretische Instrumentarium, mit dem das als Identität von Recht und Gericht verstandene Recht begrifflich erfaßt wird, ist dagegen ganz modern ausgerichtet: Im Vordergrund stehen die Begriffe *Rechtsregel* und *Geltung*. Die Kompetenz, die das Gericht auszeichne, sei die konzentrierten Regelwissens (der Schöffen), und dieses Regelwissen verkörpere »das allgemeine Rechtswissen in reinster Form«[198]. Dem 12. Jahrhundert attestiert WEITZEL – wohl ganz im Sinne der Rationalisierungsthese von KARL KROESCHELL – ein im Gegensatz zur vorausgehenden archaisch-unreflektierten Phase stehendes fortgeschrittenes Rechtsdenken in »generellen und verbindlichen Rechtsregeln«[199]. Dennoch korrespondiere diesen Rechtsregeln noch nicht der »die Abgehobenheit der Rechtsregel von den ihr zugeordneten Lebenssachverhalten so betonende Begriff der Normativität« der Moderne, der »auf der Vorstellung vom Recht als einer geschriebenen Ordnung«[200] beruhe. Letzterer verpflichte durch die Autorität von Staat und Gesetz ›von außen‹, ganz im Gegensatz zum Recht des 12. Jahrhunderts: dieses »verpflichtet ›von innen‹ her, vornehmlich richtet es sich an das Gewissen der Urteiler«[201]. Der letzte Schritt zum »abstrakten Begriff und zur abstrakten Norm«[202] werde also noch nicht vollzogen, bliebe künftiger Entwicklung im Recht vorbehalten. Recht in

194 A.a.O. S. 21.

195 A.a.O. S. 23.

196 »Außerhalb des im Gericht gesprochenen Wortes gibt es grundsätzlich keine Konkretisierung der Rechtsordnung.« A.a.O. S. 24.

197 A.a.O. S. 26

198 A.a.O. S. 24.

199 A.a.O. S. 26.

200 A.a.O. S. 29.

201 A.a.O.

202 A.a.O.

dieser vorläufigen Form von Normativität tauge auch nicht zum System, sondern decke sich mit der »Summe des gelebten formellen und materiellen regelhaften Rechtswissens«[203].

Problematisch erscheint nun zweierlei: einmal die Vorstellung, daß dieses Regelwissen *nur* im Gericht lebt und Gestalt hat. Es fällt schwer, die handlungsanleitende Funktion von Recht angesichts dieser gravierenden Einschränkung aufrechterhalten zu sehen: Wie funktioniert solches Recht ohne die Möglichkeit der Konkretisierung, Interpretation, Novation oder auch nur Thematisierung im gewöhnlichen Leben abseits der Gerichtsversammlung?[204] Sodann werden zweitens derart viele im Rechtsdenken der Zeit begründete Abweichungen vom gewohnten Begriff der abstrakten Rechtsregel festgestellt, daß der Begriff der Rechtsregel als solcher, schon gar der der geltenden Rechtsregel, nicht eigentlich auf das zu beschreibende Phänomen zu passen scheint. Zumindest solange Recht im Medium der Oralität verbleibt und noch nicht die Schwelle der Verschriftlichung überschritten hat – und selbst dann erscheint die Verwendung des Begriffs eher irreführend, weil die Textgestalt eine Systematik suggeriert, die vom Entwicklungsstand her noch gar nicht existieren kann, sondern allenfalls erst der Keim dazu gelegt ist. Dies erklärt wohl auch die paradoxe Formulierung von *Regeln, die nicht angewandt werden*: »Das Recht existiert nicht als eine äußerlich festgelegte und gebotene Ordnung; da ihm der Träger Schrift fehlt, kann es nicht im heutigen Verständnis ›angewandt‹ werden. Es lebt vielmehr als ein regelhaft verbindliches Rechtswissen, das im Spruch der Urteiler faßbar (konkretisiert) wird und dann geboten werden kann«[205]. Die Auflösung der Paradoxie führt weg vom gewöhnlichen Rechtsregelverständnis (von dem die Begriffe Geltung und Anwendung nicht sich trennen lassen) hin zu einem Regelverständnis, wie er z.B. im Zusammenhang mit Sprache und anderen sozialen Regelmäßigkeiten sinnvoll

---

203 A.a.O. S. 30.

204 Ganz so ausschließlich auf die Gerichtssphäre beschränkt ist das Recht auch nach Weitzels eigenen Worten nicht, denn »das Recht ›gilt‹ in vielen unstreitigen Fällen auch ohne richterlich ausgegebenen Spruch, doch kann der äußere Rechtszwang nur an das im Wort der Urteiler konkretisierte Recht anknüpfen, während es heute bereits im Gesetzestext selbst enthalten ist.« (A.a.O. S. 34.) Dieser strikte Gegensatz von modernem außerhalb des Gerichtsverfahrens geltendem Recht und mittelalterlichem, das nur im Gericht zur Geltung kommt, ist nicht ganz einsichtig: Nach Weitzels eigener Systematik ist ja das Gebotsrecht (im Anschluß an das gegebene Urteil) streng vom *recht* bzw. der Rechtsgewohnheit zu trennen. Der Urteilsspruch ist Voraussetzung nur für die erstere Form von Recht, für das Gebot des Gerichtsherrn, für die Rechtsgewohnheit liegt die Sache umgekehrt, dessen objektive Verbindlichkeit auch außerhalb des gerichtlichen Verfahrens ist geradezu Bedingung dafür, daß es im gerichtlichen Urteil als für alle Verbindliche Rechtsgewohnheit ausgesprochen werden kann.

205 A.a.O. S. 34.

ist; Die ›Normativität‹ dieser Art von Regeln ist freilich eine andere als die positiver Rechtsregeln[206].

Im *zweiten* Vorstoß zu einer Rechtslehre, die einen kompakten Niederschlag im Artikel *Deutsches Recht* im *Lexikon des Mittelalters* gefunden hat und einen ausführlichen im monumentalen *Dinggenossenschaft und Recht* sowie in zahlreichen auf dieses Buch folgenden Arbeiten, bemüht sich Weitzel um einen Brückenschlag zu Nachbardisziplinen, wie Rechtstheorie, Rechtssoziologie oder Rechtsethnologie. Explizite Zielsetzung von *Dinggenossenschaft und Recht* ist es, »die grundlegenden Vorstellungen und Institutionen des fränkisch-deutschen Rechts dergestalt aufzuarbeiten, daß sie als Material zu einer allgemeinen Rechtslehre […] Verwendung finden können«[207]. Es sind darin freilich über diesen Aspekt, bloß als Steinbruch zu fungieren, hinausgehend schon selbst Elemente einer solchen allgemeinen Rechtslehre enthalten, entwickelt u.a. im Anschluß an Gerhart Husserl, Hermann Kantorowicz, Max Weber, Simon Roberts, (mit Einschränkungen) Niklas Luhmann, Franz Wieacker und v.a. Wilhelm Ebel. Die ebelsche Rechtstypenlehre – also die auch im Zusammenhang der vorliegenden Arbeit grundlegende Differenzierung von *recht* (Rechtsgewohnheit bzw. »Recht im engeren Sinn«[208]), Gebot und Willkür – bildet dabei das tragende theoretische Gerüst für den verwendeten Rechtsbegriff, wenn er auch an einer Stelle unter dem Einfluß von Gerhart Husserls monistischem Ansatz[209], der für vorstaatliches Recht einzig die Basis autonom gesetzten Vertragsrechts gelten lassen will, die Trias um einen vierten Typus erweitert: »Man wird sie [d.h. die Typenlehre Ebels] um die rechtsgestaltende Vertragspraxis ergänzen dürfen«[210]. Die vorgeschlagene Typenerweiterung ist mit Ebels ursprünglicher Begriffsbildung nicht ganz vereinbar – mindestens aber ist sie redundant –, da Ebel in seiner Konzeption der ›Verwillkürung‹ als »beding-

206 Dazu ausführlich unten im Abschnitt IV, Kapitel 10, Unterkapitel *Die Stellung der Regel im konkreten Ordnungsdenken*.

207 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 5.

208 Die Terminologie ist bei Weitzel dergestalt, daß er für den Rechtstypus, den Ebel unter dem Begriff ›Weistum‹ abhandelt, in *Dinggenossenschaft und Recht* den (zur Unterscheidung kleingeschriebenen) Begriff *recht* verwendet, im Artikel ›Deutsches Recht‹ *(Lexikon des Mittelalters)* vom »Recht im engeren Sinn« spricht (a.a.O. Sp. 778) bzw. dort und auch sonst eine Gleichsetzung mit den von Kroeschell eingeführten *Rechtsgewohnheiten* bzw. der *Rechtsgewohnheit* vornimmt (z.B. in ders. – J. Weitzel – Versuch über Normstrukturen und Rechtsbewußtsein im mittelalterlichen Okzident [450–1100], S. 380, oder ders. – Die Konstituierung der Gemeinde aus der Rechtstheorie, S. 164).

209 Entwickelt in ders. – Rechtskraft und Rechtsgeltung.

210 J. Weitzel – Artikel ›Deutsches Recht‹ *(Lexikon des Mittelalters),* Sp. 778.

tes Selbsturteil«[211] einen weit umfassenden Rechtstypus entwirft, der den im Ding geschlossenen Vertrag begrifflich miteinschließt und die ›Willkür‹ nicht auf die Fälle der Vertragsstrafe bzw. eidlichen Bekräftigung der Selbstbindung beschränkt wissen will[212]. Insgesamt findet sich eine gewisse Unverträglichkeit – wie weiter unten noch zu zeigen sein wird – zwischen den von Ebel und Husserl rezipierten Elementen.

Der Rechtsbegriff, dessen Weitzel sich bedient, soll im folgenden durch fünf Eckpunkte charakterisiert werden:

(1) Recht ist aufs engste mit dem Gericht verknüpft (»Gericht = Recht«[213]);
(2) Recht besteht aus Normen;
(3) *recht*/›Recht im engeren Sinn‹/Rechtsgewohnheit sind schriftlos und herrschaftsfern;
(4) Recht ist ›konkreter Konsens‹;
(5) Es bedarf einer grundsätzlichen Modifikation der Begriffe *Norm* bzw. *Geltung* in Richtung auf Vorstellung eines ›relativen Rechts‹ bzw. einer ›reduzierten Rechtsgeltung‹.

Ad (1) (Recht = Gericht)
Ungelehrtes mittelalterliches Recht[214] ist sodann durch die *Form* des Gerichts bestimmt: »Die besondere Qualität des Rechts ergibt sich aus der Form, aus dem Verfahren und den an sie geknüpften Konsequenzen«[215]. Es ist keine inhaltliche

211 W. Ebel – Die Willkür, S. 37.

212 »Die Verengung auf die Fälle der Konventionalstrafe, des Nebengeschäfts von Schuldverträgen, entspricht weder der Bedeutung noch dem Wesen dieses Gebildes [d.i. der Verwillkürung].« A.a.O. S. 16; siehe auch a.a.O. S. 33 und S. 37: »[…] es liegt ein aus den ursprünglichen Denkformen des germanischen Rechts stammendes einheitliches Gebilde vor. Dieses ein Rechtsgeschäft, […] auch einen Vertrag zu nennen, besteht dann kein wesentliches Bedenken, wenn wir damit nicht die heutige Vorstellung verbinden, wonach der Begriff des Vertrages ein solcher der Rechtsanwendung ist. Im ursprünglichen germanischen Rechtsdenken statuiert der Vertrag nicht einzelne subjektive Rechts auf Grund eines vorgegebenen objektiven Rechts (Normenvorrats), sondern setzt selbst objektives Recht.« Im letzten Satz besteht insoweit Übereinstimmung mit Husserl, allerdings mit dem Unterschied, daß autonome vertragliche Rechtssetzung die einzige Form ist, durch die Recht entstehen kann, während Ebel mit *recht* und Gebot weitere unabhängige Entstehungsformen kennt.

213 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 1471 ff.

214 Weitzel weist immer wieder auf die notwendige Differenzierung in *gelehrtes* und *ungelehrtes* Recht im Mittelalter hin; im Zentrum seines Interesses steht letzteres; vgl. ders. – Versuch über Normstrukturen und Rechtsbewußtsein im mittelalterlichen Okzident (450–1100), S. 376 f.

215 »Recht ist nämlich das, was in der Art und Weise des Rechts geschieht, verhandelt, vereinbart und entschieden wird. Die Form ist die älteste Norm […]« J. Weitzel – Rezension zu ›G. Althoff, Spielre-

oder innere Eigenschaft der Normen, die sie innerhalb des allgemeineren Typus der Sozialnormen in besonderer Weise zu Rechtsnormen macht. ›Gericht‹ bezeichnet dabei die dem Mittelalter eigentümliche Verklammerung von Herrschaft und Genossenschaft im Dingverfahren, von genossenschaftlicher Interpretationsmaxime und (verfahrensleitendem) herrschaftlichem Zwang. Recht ist das im Gericht erteilte Urteil[216], und dieses ist darum auch nicht »ein Organ der Rechtspflege unter gleichwertigen anderen, sondern es ist ›das Recht‹ schlechthin«[217]. Zum Gericht gehört die besondere Sachkompetenz der Rechtsgenossen ebenso wie der herrschaftliche Zwang – insofern folgt Weitzel hier Max Weber[218] –, und diese machen zugleich die spezifisch mittelalterliche Form der ›Gewaltenteilung‹ in einem vor Montesquieuschen Sinne aus[219]. Im Résumé von *Dinggenossenschaft und Recht* heißt es dazu (die Betonung der Identität etwas zurücknehmend): »Man kann von einer Teilidentität sprechen, die sich im Konflikt über das recht zur vollen Identität steigert«[220].

Wenn Recht, so wie hier, durch das Geschehen im Gericht definiert werden soll, dann ist von entscheidender Bedeutung, ob und inwieweit sich dieses als *Form* von anderen sozialen Organisations- und Prozeßformen, z.B. der politischen Beratung oder der internen Hausgewalt, und auch von anderen ›Funktionen‹ innerhalb der Dinggenossenschaft (z.B. Rechtsetzung, politische Willensbildung[221]) präzise abgrenzen läßt. Ist dies mit hinreichender Deutlichkeit möglich, so ist das gleichbedeutend damit, daß ein Kriterium formuliert werden kann, das einen Vorgang eindeutig als Gerichtsverfahren ausweist. Als ein solches Kriterium das Vorliegen von echten, d.h. in Urteil und Vollstreckung souverän streitbeendenden Drittentscheidungen[222]

---

geln der Politik im Mittelalter‹ bzw. zu ›G. Althoff, H.-W. Goetz, E. Schubert (Hrsg.), Menschen im Schatten der Kathedrale‹, S. 691.

216 So schon 1980 in J. Weitzel – Die Formel consilio et iudicio im Lichte des fränkisch-deutschen Urteilsverständnisses, S. 580; vgl. ders. – Dinggenossenschaft und Recht, S. 1346.

217 A.a.O. S. 63.

218 Freilich nicht ohne dessen Position zu kritisieren; vgl. M. Weber – Wirtschaft und Gesellschaft, S. 438 ff.; zu Weber J. Weitzel a.a.O. S. 71 ff.; zur Kritik an Webers Auffassung insbes. S. 79 ff.

219 »Die Dinggenossenschaft ist die mittelalterliche Form der Gewaltenteilung. Andere Formen kannten und kennen das frühe und das klassische römische Recht ebenso wie die Moderne seit Montesquieu.« J. Weitzel – Die Bedeutung der Dinggenossenschaft für die Herrschaftsordnung, S. 354; vgl. ders. – Rezension zu ›G. Althoff, Spielregeln der Politik im Mittelalter‹ bzw. zu ›G. Althoff, H.-W. Goetz, E. Schubert (Hrsg.), Menschen im Schatten der Kathedrale‹, S. 693.

220 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 1472.

221 »Das mallum oder Ding [ist] in seinen Ursprüngen nicht nur Gericht, sondern viel umfassender die Erscheinungsform der handelnden Gesamtheit als solche.« A.a.O. S. 63.

222 Vgl. B. Kannowski – Rechtsbegriffe im Mittelalter, S. 24. Weitzel versteht allerdings das von den Rechtsgenossen abgegebene Urteil als »Drittentscheidung« (J. Weitzel, a.a.O. S. 691); andererseits gibt

zu fordern, wird fehlgehen, weil das Verfahren zu sehr noch seiner Herkunft aus Sühnemittlung entsprechend von den Handlungen der Parteien dominiert wird und dem Richter nur die Funktion der Verfahrensleitung zukommt. Auch die Existenz von Zwang, der vom Richter ausgeübt wird, erscheint für sich allein genommen kein geeignetes Unterscheidungsmerkmal abzugeben[223]. Erforderlich ist vielmehr die von Weitzel herausgearbeitete Verknüpfung von Urteil und Gebot, von genossenschaftlichem *und* herrschaftlichem Element[224] in Verbindung mit einem eher rigiden Formalismus, der beim Prozeß politischer Beratung und Entscheidung trotz der auch dabei zu beobachtenden Gewohnheits- und Regelgebundenheit in dieser Strenge nicht gegeben ist.

Scharf widerspricht Weitzel in diesem Zusammenhang Vorstellungen, es gäbe so etwas wie »fließende Übergänge von der Beratung zum Gericht zu beobachten«[225]; konkret im Visier hat er dabei sowohl in diese Richtung weisende Präsuppositionen im ›Spielregelmodell der Politik‹ von Gerd Althoff[226] als auch Hanna Vollraths »These, daß Gerichtsverhandlung und Urteil keinem rechtlichen Eigenbereich angehörten, sondern Elemente, Momente eines Konfliktverlaufes waren, in dem die konfliktführenden Parteien ganz unterschiedliche Mittel einsetzten, um den

---

er aber auch die Einschätzung: »Das Urteil ist [in den Anfängen des Rechtszwanges] noch eher Anstoß zu einer Entscheidung, als daß es selbst entschiede.« ( a.a.O. S. 27.)

223 Vgl. die diesbezüglichen Bemerkungen oben im Zusammenhang mit dem Rechtsbegriff Gerhard Dilchers.

224 Dabei wird sehr stark die Unabhängigkeit des genossenschaftlichen vom herrschaftlichen Element betont: »Die Genossenschaft der Urteiler war aber nicht dem Richter als ›ihrem Auftraggeber‹, sondern es waren die Urteilenden einander als Genossen im gemeinsamen Recht zum (rechten) Urteil verpflichtet.« (J. Weitzel – Rezension zu ›G. Althoff, Spielregeln der Politik im Mittelalter‹ …, S. 694 f.); an anderer Stelle heißt es: »Das Gericht ist Gegenstruktur zur Herrschaft, ihr nicht als ›Justiz‹ eingegliedert und untergeordnet, sondern selbständige, den Rechtsgenossen zukommende Gegen- oder besser Mitherrschaft, Selbstverwaltung oder Selbstregulierung des Rechts im Konsens« (ders. – Dinggenossenschaft und Recht, S. 105) bzw. »Das Gericht […] ist weder allein genossenschaftlich, noch gar allein herrschaftlich, sondern eben ›dinggenossenschaftlich‹, in einem – modern gesehen – vorstaatlichen Sinne ›öffentlich‹. Es ist selbständiger Teil des Verfassungsgefüges […]« (ders. – Die Bedeutung der Dinggenossenschaft für die Herrschaftsordnung, S. 354).

225 J. Weitzel – Rezension zu ›G. Althoff, Spielregeln der Politik im Mittelalter‹ bzw. zu ›G. Althoff, H.-W. Goetz, E. Schubert (Hrsg.), Menschen im Schatten der Kathedrale‹, S. 694.

226 Vgl. G. Althoff (Hrsg.) – Spielregeln der Politik im Mittelalter; zum breitangelegten Zwist Weitzel – Althoff siehe ausführlich B. Kannowski – Rechtsbegriffe im Mittelalter, S. 20 ff. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf Weitzels Entgegnungen zu H. Keller – Die Idee der Gerechtigkeit und die Praxis königlicher Rechtswahrung im Reich der Ottonen bzw. W. Hartmann – Probleme des geistlichen Gerichts im 10. und 11. Jahrhundert in J. Weitzel – Die Bedeutung der Dinggenossenschaft für die Herrschaftsordnung, S. 363 f. bzw. S. 364 ff.

Konflikt zu ihren Gunsten zu entscheiden«[227]. Gemeinsam ist diesen Positionen eine – dem Rechtshistoriker schwer erträgliche – Relativierung der Bedeutung von Recht im Mittelalter[228] und die überdies damit einhergehende Einschätzung, das »Gerichtswesen sei dem Herrscher untertan [gewesen], so daß dessen Entscheidungen als ›Machtmittel‹ anzusehen seien«[229]. Aus der untergeordneten Bedeutung des Gerichts im weiten Reigen möglicher und praktizierter Konfliktlösungsinstrumente und -strategien leite sich nicht nur die Fragwürdigkeit eines eigenständigen materiellen Normbereiches für das Recht ab, sondern auch die Unnotwendigkeit, nach definitiven Abgrenzungen im Verfahren zu suchen. Das Gericht als unbestrittene, terminologisch wie sachlich klar definierte Rechtsform ist für Weitzels Identifikationsansatz aber unverzichtbar, droht doch eine *inhaltlich* orientierte Definition von Recht in einer oralen Welt allzuleicht in die Zirkularität abzugleiten, nach der Recht ist, was vor Gericht, gilt und Gericht der Ort ist, an dem Recht gesprochen wird[230]: soll die Vorstellung einer gerichtszentrierten Rechtsgewohnheit einen Sinn behalten, kann eine Definition nur über die *Form* des Verfahrens gewonnen werden, über die gleichbleibenden Formeln und Muster, Gewohnheiten und Gebräuche, deren Niederschlag in den Gerichtsurkunden diese für den Rechtshistoriker auch erkennbar macht.

Vollraths These vom fehlenden rechtlichen Eigenbereich ist eigentlich gegen ein von ihr bei Heinrich Mitteis vermutetes Subsumtionsmodell gerichtet, das Recht »konzipiert als ein Korpus von Rechtsregeln, die dann in einem konkret anstehenden Konfliktfall abgerufen und angewandt wurden«[231], und findet in dieser

---

227 H. Vollrath – Fürstenurteile im staufisch-welfischen Konflikt von 1138 bis zum Privilegium Minus, S. 50.

228 G. Althoff – Die Bösen schrecken, die Guten belohnen; ders. – Recht nach Ansehen der Person.

229 B. Kannowski, a.a.O. S. 21. Vgl. G. Althoff – Die Bösen schrecken, die Guten belohnen, S. 16 u. 26; H. Vollrath, a.a.O. S. 56 f.

230 Der Zirkel wird manifest, wenn versucht wird, die formelle Definition aus einer Teilnehmerperspektive heraus anzuwenden. Wenn das versammelte ›Gericht‹ sich die Frage stellt, welche Normen es in seinem Verfahren anzuwenden habe, dann kann es diese Frage nicht damit beantworten, daß es eben jene seien, die es anwende – daraus könnte nämlich abgeleitet werden, es können beliebige Normen herangezogen werden, die allein durch das Herangezogenwerden zu Rechtsnormen würden. Das formelle Kriterium ist daher sinnvoll nur für eine Beobachterperspektive, und auch das nur, wenn zugleich vorausgesetzt werden darf, daß die Teilnehmer selbst über ein – wenn auch nicht unbedingt reflektiertes – materielles Kriterium darüber verfügen, was Recht und somit ›gerichtsfähig‹ sei, und zudem der Typus ›Gerichtsverfahren‹ für den Beobachter soziologisch-empirisch hinreichend von anderen Interaktionsformen abgrenzbar ist.

231 A.a.O. S. 50.

Nuance ganz die Zustimmung Weitzels[232], geht indes in ihrer Konsequenz, die Kategorie des Rechtlichen ganz zu eskamotieren oder doch so weit zu marginalisieren, daß ihr ganz im Gegensatz zum Zeugnis der Quellen, wie Weitzel betont, kein selbständiger Gegenstand mehr zukommt, zu weit. Solche Konsequenz ist nun keineswegs gottgegeben. Denn die Annahme der Existenz weithin verstandener und effektiv angewandter ›Spielregeln der Politik‹ zwingt so wenig wie in unserer Gegenwart dazu, Recht nicht als ebenso wirksame soziale Realität aufzufassen, die die politischen Handelnden mitunter als kontrafaktische Randbedingungen hinzunehmen haben, wie sie umgekehrt danach trachten mögen, diese gemäß den Spielregeln des Politischen zu manipulieren und zu instrumentalisieren. Am Gericht als Rechtsform festzuhalten steht so in keinerlei Widerspruch zur Annahme, die Politik folge eigenen Gesetzmäßigkeiten. Wenn heute beobachtet werden kann, wie etwa im Parlament (Verfassungs-)Rechtsregeln und politische Spielregeln einander faktisch durchdringen und Recht manchmal bis zur Unsachlichkeit zu verunstalten vermögen, so bleibt für den analytischen Betrachter doch immer klar unterscheidbar, was zum politischen Spiel gehört und was Rechtsregel ist. Niemandem würde es einfallen, um nur ein Beispiel anzuführen, den seit langem bestehenden politischen *usus*, bei der Bestellung der drei (österreichischen) Parlamentspräsidenten Kandidaten in der Reihenfolge der Fraktionsstärke zu wählen, mit der *Rechtsregel*, die für die gültige Bestellung eine Wahl vorsieht, zu verwechseln.

Die Schwierigkeiten rühren nun u.a. daher, daß es im Mittelalter ein Analogon zum modernen formellen Verfassungsrecht, das diese Frage einer eindeutigen verschrifteten rechtlichen Regel zuweist, nicht gibt. Unscharfe Abgrenzungen sind also dort zu vermuten, wo nicht entschieden werden kann, ob die ›Spielregel‹ für die Verfassung selbst steht[233] oder bloß für eine (nichtrechtliche) Gewohnheit im politischen Spielraum innerhalb der Verfassung. Die Trennung von Rechtsregeln und politischen Spielregeln wird umso schwieriger werden, je näher man der politischen Spitze kommt, also der Welt des Adels und seiner Konflikte untereinander und mit dem König. Tatsächlich sind alle Beispiele, die Althoff zur Stützung seiner These vorbringt, diesem Feld entnommen[234]. Für ›gewöhnliche‹ Gerichtsfälle gilt diese

232 »Sie [d.h. Hanna Vollrath] verwahrt sich zu Recht gegen die Auffassung vom Recht als einem ›Korpus von Rechtsregeln‹.« J. Weitzel – Rezension zu ›K. Kroeschell, A. Cordes (Hrsg.), Funktion und Form‹, S. 533.

233 Ein Konnex zum Begriff der Verfassung ist auch Weitzels Theorie nicht fremd. So ist für ihn das »Ding, ursprünglich nicht (nur) Gericht im engeren Sinne, sondern das Verfassungsorgan schlechthin […]« J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 182. Zur Unterscheidung von Verfassung und Verfassungsgesetz siehe C. Schmitt – Verfassungslehre, S. 20 ff.

234 Er begründet das mit der größeren Ergiebigkeit der Quellen; vgl. J. Weitzel – Rezension zu ›G. Althoff,

Ambiguität nur eingeschränkt, nämlich dort, wo auch Personen niedrigeren Ranges sich der Fehde bedienen und darin ein Ausdruck politischer Selbständigkeit bzw. ein politisches Verhältnis der Streitparteien in der Art von Konfliktparteien im Kriegszustand erblickt werden kann. Damit verwandelt sich das Problem in eines des Grades der Ausdifferenzierung von Verfassungsrecht, die Frage also, inwieweit innerhalb des Begriffs ›Verfassung‹ *Verfassungsrecht* und *Verfassungswirklichkeit* effektiv sich trennen lassen[235]. Gerd Althoff wendet sich in einer Replik auf Weitzel (*quasi* als Rückzugsposition) nicht gegen die Verknüpfung von Recht und Gericht als solche[236], wohl aber gegen irgendeine Art von Geltungsvorrang des gerichtsförmigen Rechts. Im Gegenteil betont er das Nebeneinander von Gericht und außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahren und sieht letztere als die bedeutsameren an, zumal beim Adel. Um die Erarbeitung eines konsistenten Rechtsbegriffs[237] oder auch nur die Frage, wie solches ›Recht‹ aus dem Innengeschehen im Gericht mit den umfassender verstandenen Spielregeln nun tatsächlich zusammenhängt, kümmert sich Althoff nicht.

Der von Althoff angesprochene ›*quod licet Jovi non licet bovi*‹-Charakter von Konfliktaustragung unter Adeligen, der wohl nur die bekannte allgemeine Grenzproblematik von Recht zum Ausdruck bringt, wenn dieses auf politisch und faktisch Mächtige stößt, ist jedenfalls etwas ganz anderes als die Behauptung, das gerichtliche Verfahren stünde schon darum ganz im Belieben des Gerichtsherren, weil Gerichte immer mit disponibler Macht des Gerichtsherrn einhergehen[238]. Ein allfälliger Miß-

---

Spielregeln der Politik im Mittelalter‹ bzw. zu ›G. Althoff, H.-W. Goetz, E. Schubert (Hrsg.), Menschen im Schatten der Kathedrale‹, S. 697. Auch das Beispiel der Absetzung des Kärntner Herzogs Adalbero 1035, das Hagen Keller heranzieht (ders. – Die Idee der Gerechtigkeit und die Praxis königlicher Rechtswahrung im Reich der Ottonen, S. 119 f.), um einen ähnlichen Gedanken vorzubringen, ist dieser Sphäre entnommen.

235 Das Ganze steht natürlich unter der Prämisse, daß der Begriff der Verfassung für mittelalterliche Verhältnisse nicht überhaupt verworfen wird.

236 »Für Konflikte galten sehr strikte Regeln […] Unter ihnen finden sich durchaus solche, denen man gewiß Rechtscharakter zubilligen kann, insofern nämlich Gerichte tätig wurden.« G. Althoff – Recht nach Ansehen der Person, S. 80.

237 Dazu B. Kannowski – Rechtsbegriffe im Mittelalter, S. 26: »Den Begriff ›Recht‹, in Bezug auf welchen Althoff sich nicht festlegen will, benutzt er (unvermeidlicherweise) immer wieder. Die Verwendung ist nicht einheitlich. Grosso modo meint er das, was Gegenstand und Ergebnis gerichtlicher Verhandlungen ist. An anderer Stelle [G. Althoff, a.a.O. S. 92.] spricht er sich für einen flexibleren Rechtsbegriff aus, der die von ihm beschriebene[n] ›Gemengelagen rechtlicher und außerrechtlicher Strategien der Konfliktbewältigung ohne Vorrang der rechtlichen einschließen‹.«; G. Althoff – Ungeschriebene Gesetze, S. 282 u. 288, nimmt Bezug auf Gerhard Dilchers Begriff der Rechtsgewohnheit; vgl. Kannowski, a.a.O. S. 25 FN 133.

238 Dazu J. Weitzel – Rezension …, a.a.O. S. 693.

brauch von Recht und Gericht durch den Herrscher läßt jedoch die Form grundsätzlich intakt – ja ein ›Mißbrauch‹ ist überhaupt nur möglich, solange die Form noch nicht restlos diskreditiert ist: auch ein Schauprozeß bleibt – wenn auch pervertierter – Prozeß; dennoch ist nicht jedes gerichtliche Verfahren darum schon politisch manipulierter Schauprozeß, eine derartige Verallgemeinerung ist nicht zulässig[239].

Dabei bleibt auch bei grundsätzlicher Bejahung von Weitzels formaler Herangehensweise in der Kopplung von Recht und Gericht gerade im Zusammenhang mit den ›anderen‹ Streit- und Streitbeilegungsformen ein Problem offen, nämlich das, ob durch das Gericht die Sphäre des Rechtlichen erschöpfend abgedeckt ist. Eine andere Frage als die nach der Abgrenzbarkeit der Formen voneinander ist nämlich die, ob Recht und insbesondere Rechtsgewohnheit (zumindest, wenn man rückblickend aus der Perspektive all dessen, was heute unter diesen Begriff fällt) *allein* durch die Form des Gerichts charakterisierbar sind und ob nicht auch andere identifizierbare Formen der Verpflichtung und des Gewaltausgleichs, wie z.B. außergerichtliche Vertragsschlüsse, die Tätigkeit von Vermittlern und nicht zuletzt die in gewissem Umfang reglementierte Form der Fehde und Formen ›tolerierter Selbsthilfe‹ in die Definition von Recht einzubeziehen sein werden. In dieser Gestalt ist das nur scheinbar eine Wiedervorlage der Position von Althoff, denn es geht nun nicht darum, das Recht in einer Totalität von sozialen Spielregeln ununterscheidbar untergehen zu lassen, sondern umgekehrt um die Reichweite des Rechts in jene von Althoff behandelte und durch ›Spielregeln der Politik‹ determiniert betrachtete Phänomene in formeller Hinsicht. Je nachdem hätten wir es neben der dinggenossenschaftlich organisierten Form des Gerichts mit einer ganzen Palette von Formen zu tun, die insgesamt die Sphäre des Rechtlichen markieren würden: insbesondere fiele die Fehde nicht aus dem Rahmen des Rechts heraus. Weitzel beschreitet diesen Weg nicht oder nur bedingt, Recht hat bei ihm jedenfalls sein alleiniges Zentrum im Gericht[240]. Ger-

239 Weitzel kritisiert die »Vorstellung, der König/Richter habe den Ausgang des Prozesses über die Urteilsfrage manipulieren können«, schon bei Hanna Vollrath (J. Weitzel – Rezension zu ›K. Kroeschell, A. Cordes, Hrsg., Funktion und Form, S. 533 ff.) und verweist auf einen auffallenden Wertungswiderspruch bei Althoff, der, je nachdem, ob es sich um gerichtliche oder politische Beratung handelt, ganz unterschiedliches Durchsetzungsvermögen desselben Beraterkreises ortet; ders. – Rezension zu ›G. Althoff, Spielregeln der Politik im Mittelalter‹ bzw. zu ›G. Althoff, H.-W. Goetz, E. Schubert (Hrsg.), Menschen im Schatten der Kathedrale‹, S. 694 f. Siehe auch J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 92: »Das Recht steht nicht in der Verfügungsgewalt des Herrn [...]«

240 Siehe auch den zusammenfassenden Diskussionsbericht zu seinem Vortrag *Der Grund des Rechts in Gewohnheit und Herkommen* in D. Willoweit – Die Begründung des Rechts als historisches Problem, S. 328: »Weitzel räumte ein, daß ein umfassendes Kriterium des Rechtlichen von der Rechtsgeschichte noch gesucht werde. Man könne nur festhalten, daß auch im frühen Mittelalter Gerichte bestanden

hard Dilchers jüngstes Anknüpfen an den Rechtszwang reicht hier – wie oben beschrieben – weiter, weil sowohl Gericht als auch Fehde (als rechtmäßiger Zwang durch Selbsthilfe) hier dem Rechtlichen integriert sind.

Die Gleichsetzung von Recht und Gericht bei Weitzel liegt vornehmlich darin begründet, daß zwei Merkmale des Rechts in besonderer Weise hervortreten: (1) der Umstand, daß dies der Ort ist, an dem zwangsweise (konkreter) Konsens herstellbar ist, und (2) daß durch die Versammlung der Rechtsgenossen überhaupt die Möglichkeit zur autorisierten Artikulation von Recht gegeben ist, das im Medium der Rechtsgewohnheit, im Bewußtsein der Rechtsgenossen lebt[241]. Auch kommt – um diesen Vorrang noch zu unterstreichen – den beiden anderen Typen des Rechtlichen (Gebot und Willkür) im Gericht subsidiäre Funktion zu: »Zu ihm [d.h. dem Recht im engeren Sinn] sind die anderen Erscheinungsformen des Rechtlichen hingeordnet. Sie stehen ihm ergänzend und bessernd an der Seite«[242]. Alles Recht, so könnte man die Rede von der ›Teilidentität‹ von Recht und Gericht deuten, ist nur *Außenwirkung* des gerichtlich gesprochenen Wortes (Urteil) mit dem »innerlich verpflichtenden«[243] Charakter von »Überzeugungsrecht«[244] und dem Vorrang der mündlichen Interpretation im Ding vor dem Text als Referenz (den es nicht gibt). Die dem dinggenossenschaftlichen Recht eigene *innere Verpflichtung* steht im Gegensatz zum *äußerlichen Gebieten* von Recht, dem typisch modernen Instrument zum In-Geltung-Setzen[245]. Die angesprochene Außenwirkung und damit die Sphäre des

hätten, vor denen bestimmte Gewohnheiten behandelt wurden, andere hingegen nicht. So sei allein anhand der Gerichte eine Abgrenzung des Rechtlichen von der allgemeinen Konfliktlösung zu erreichen.«

241 Siehe auch J. Riegel – Ethnologie und Rechtsgeschichte, S. 247.

242 J. Weitzel – Artikel ›Deutsches Recht‹ *(Lexikon des Mittelalters),* Sp. 778; ders. – Dinggenossenschaft und Recht, S. 50.

243 J. Weitzel – Artikel ›Deutsches Recht‹ *(Lexikon des Mittelalters),* Sp. 779.

244 »D.[eutsches] R.[echt] ist Überzeugungsrecht.« A.a.O.; »Das mittelalterliche schriftlose Recht ist also Überzeugungsrecht.« Ders. – Gewohnheitsrecht und fränkisch-deutsches Gerichtsverfahren, S. 79; »Das Recht […] tritt uns im Mittelalter generell gesehen nicht als Schriftrecht oder als Gesetz entgegen, sondern als schriftloses Recht, als Überzeugungsrecht […]« Ders. – Dinggenossenschaft und Recht, S. 20 f. Seltsamerweise wehrt sich Weitzel gegen die Charakterisierung (in ders. – Rezension zu ›K. Kroeschell, A. Cordes, Hrsg., Funktion und Form‹, S. 536), er vertrete eine »auf Überzeugungen gestützte Rechtsordnung« (so J. Riegel, a.a.O.). Vielleicht stößt er sich in diesem Zusammenhang am Begriff ›Rechtsordnung‹. Da die artikulierten Überzeugungen aber das spezifisch Rechtliche an der Ordnung (i.S.v. Dilchers ›Lebensordnung‹) zum Ausdruck bringen, ist diese Ordnung auch partiell *Rechtsordnung* (darum natürlich nicht Rechtsordnung wie die eines rechtspositivistischen Gesetzesstaates).

245 Vgl. J.Weitzel – Über Oberhöfe, Recht und Rechtszug, S. 29.

›Rechts‹ hat jedoch Grenzen, jenseits derer sich Konfliktfelder auftun, die zumindest heute jedenfalls rechtlicher Normierung unterliegen. Die wichtigste Grenze in Weitzels Konzept ist paradoxerweise der Konflikt selbst[246]. Genau dort, wo Recht sich zu bewähren hätte, im Streit, sei es um konkrete Berechtigungen und Pflichten oder um begangenes Unrecht, ist es nach Weitzel plötzlich keines mehr – es bricht in sich zusammen, in dem Moment, in dem es gebraucht wird. Eine Rechtstheorie der Fehde als des Konfliktzustandes *par excellence* wird als Widerpart zum konsensbestimmten Gerichts-Recht nicht entwickelt. Er spricht lediglich von einem »Recht zur Fehde« als »Konsequenz einer konkret-konsensualen Rechtskultur«[247] und überläßt insoweit das Feld anderen[248].

Eine weitere Grenze bildet der ›verbandsinterne‹ Streit, der aus anderem Grund aus der Sphäre des Rechtlichen herausfallen muß, denn das Ding »regelt den friedlichen Umgang Freier miteinander«, und jeder Freie steht dabei für das ›Haus‹, das er repräsentiert. Das Ding ist mit dem von Gierke aufgenommenen Wort »›Versammlung der Hausväter‹, die Kommunikationsform einander nicht häuslich verbundener Männer«[249]. Entsprechend ist bei Weitzel auch Herrschaft entgegen dem Brunner-Schlesinger'schen Modell nicht erweiterte Hausherrschaft, sondern »stellt strukturell auf Beziehungen *zwischen* Häusern ab«[250]. Vom Innersten des Hauses kann schon aus kommunikativen Gründen im Ding nicht gehandelt werden; es ist kein möglicher Verhandlungsgegenstand und damit kein möglicher Rechtsgegenstand[251]. An diesem Punkt des verbandsinternen Konflikts versagt im übrigen auch der Fehdemechanismus[252], und wenn das Gericht aus den Sühneverhandlungen sich

246 J. Weitzel – Gewohnheitsrecht und fränkisch-deutsches Gerichtsverfahren, S. 79.

247 A.a.O. S. 74.

248 Vgl. G. Dilcher – Die Zwangsgewalt und der Rechtsbegriff vorstaatlicher Ordnungen im Mittelalter; G. Althoff – Schranken der Gewalt. Althoff spricht von »Spielregeln rund um die Fehde« (a.a.O. S. 4).

249 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 182.

250 A.a.O. S. 180.

251 Zu beachten ist aber die komplementäre ›Funktion‹ der geistlichen Gerichtsbarkeit, die hier eine normative Lücke schließt, indem die Gerichtsbarkeit über Sünden auch innerhalb des Hauses greift, eine Komplementarität des Rechtskreises, die z.B an einer Beobachtung von Harald Siems zum Sendhandbuch Reginos von Prüm zu sehen ist: »Auffälligerweise fehlen [bei Regino] Themen, die in den Leges eine erhebliche Rolle spielen. Die Tötung fremder Sklaven ist nicht behandelt, wohl aber die der eigenen Sklaven, die wiederum in den Leges nicht hervortritt. Körperverletzungen sind nur beiläufig erwähnt, insbesondere fehlen die langen Wundbußenkataloge wie auch ständische Abstufungen bei den Delikten auf der Opfer- oder Täter-Seite.« H. Siems – In ordine posuimus, S. 83.

252 Vgl. dazu im ethnologischen Kontext R. Schott – Anarchie und Tradition, S. 33 f.: »So sind Vergehen *innerhalb* einer Gruppe von Vergehen *zwischen Gruppen* zu unterscheiden […] Verbrechen in der eng-

herleitet, kann schon darum diese Materie, der Streit im Haus, auch nicht ›justiziabel‹ werden: »Die Ordnung des Hauses wird am wenigsten verrechtlicht oder tritt gar in Gegensatz zum Recht«[253]. Zwar beschreibt WEITZEL einen Prozeß sich ausdehnender genossenschaftlicher Strukturen, wodurch auch die »Unfreien Recht und Hofgericht im 9. und im 10. Jahrhundert« gewinnen und damit »der einseitigen Disziplinargewalt des Haus- und Grundherren entzogen« werden[254], doch bleibt im Kern ein nichtverrechtlichter Bereich erhalten, und das im Grunde bis heute.

Eine dritte Grenze des Rechts ist die zum Politischen – eine diffuse Grenze ohne klare Konturen, zumindest dann, wenn, wie oben besprochen, kein Verfassungsrecht greifbar ist[255]. Aber auch in modernen Rechtsordnungen mit schriftlich fixiertem Verfassungsrecht wird diese Grenze undeutlich, sobald es zu einem revolutionären Verfassungswechsel kommt. Eine ganze Rechtsordnung kann in solchen Momenten aus politischen Gründen zur Unrechtsordnung mutieren und umgekehrt. Phänomene wie Verfassungsdurchbrechung, Verfassungs- und Rechtsbeugung haben immer irgendwo mit politischer Machtverteilung zu tun, und vom Ringen um diese läßt sich auch in mittelalterlichen Rechtsverhältnissen nicht abstrahieren, im Gegenteil: Die politische Spitze kann in vielen Fällen durch niemanden dazu gezwungen werden, die gleiche strenge Form (des Gerichts) gegen sich gelten lassen, aus dem einfachen Grund, weil diese Form eine dahinterstehende, hinreichend durchsetzungsfähige politische Macht stets zur Existenzvoraussetzung hat. Daß das Gericht deshalb beliebig im Ergebnis durch die Mächtigen manipulierbar wäre, folgt daraus nicht, aber ein gewisses Äquilibrium zwischen faktischer Wirkung des Rechts und rechtlicher Wirkung des Politischen wird man stets ins Kalkül ziehen müssen[256]. WEITZEL ist jedoch *expressis verbis* ausschließlich am gerichtlichen ›Normalbetrieb‹ interessiert und nicht am Ausnahmefall. Der Ausnahmefall und seine Regelung

---

sten Familiengemeinschaft steht man in einfachen Gesellschaften ohne übergeordnete Autorität oft hilflos gegenüber. […] Eine Rache, die in diesen Fällen Gleiches mit Gleichem vergälte, wäre sinnlos, denn sie würde ja nur ein weiteres Mitglied des Blutsverbandes auslöschen und ein anderes schuldig machen.« Vgl. auch U. Wesel – Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften, S. 328 ff.

253 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 181.

254 A.a.O. S. 183.

255 Vgl. dazu die Überlegungen von B. Kannowski – Rechtsbegriffe im Mittelalter, S. 21: »Die Formel [Recht = was vor Gericht verhandelt wird] ist für eine Abgrenzung ja nur tauglich, wenn das Gericht spezifisch rechtliche Entscheidungen trifft. Für eine ländliche Dingversammlung, welche darüber erkennt, ob jemand sich einen Rechtsbruch hat zuschulden kommen lassen oder seinem Nachbarn einen Schaden zu ersetzen hat, mag dies vielleicht weniger problematisch sein. Bei einer Reichsversammlung hoher Würdenträger, welche die unterschiedlichsten Dinge zu entscheiden hat, ist es nicht so offensichtlich.«

256 Vgl. N. Luhmann – Rechtszwang und politische Gewalt, S. 154 ff.

durch Gesetze des politischen Spiels haben eben für zahllose überlieferte Entscheidungen keine unmittelbare Bedeutung, und die mittelbare Bedeutung politischer Machtverteilung für die Existenz genossenschaftlicher Ordnungsformen ist nicht sein Thema[257]. Was die angesprochenen drei Grenzen jedoch verdeutlichen sollen, ist, daß mit einem Ansatz, der Recht und Gericht miteinander identifiziert, wegen der beschränkten Reichweite gerichtlicher Streiterledigung auch ein eingeschränkter Rechtsbegriff propagiert wird, der viele Konfliktphänomene aus dem Bereich rechtlicher Hegung herausfallen läßt.

Damit landen wir aber wieder bei der Beobachtung, von der ALTHOFF seinen Ausgangspunkt genommen hat: Einige Streitfälle landen vor Gericht, andere nicht. Während WEITZEL hier soziologisch-empirisch eigentlich nur festzustellen bleibt, daß dies eben so sei, bietet ALTHOFF zumindest für gewisse Fälle eine Erklärung an: »In dem angesprochenen Bereich [der Führungsschichten] gab es nun eine Fülle von Konflikten, bei denen man gar nicht auf die Idee kam, Gerichte zu bemühen, obgleich ohne Zweifel Tatbestände vorlagen, die in anderen Fällen gerichtlich geklärt wurden. Ob man einen Fall gerichtlich oder anders löste, hing nicht zuletzt oder sogar vorrangig vom Rang der Personen ab, die in den Fall involviert waren«[258].

Ist damit das Konzept formeller Bestimmung des Rechtlichen im Mittelalter wegen zu großer Willkür gescheitert? Nein, doch offenbart sich ein als solcher unvermeidlicher Freiheitsgrad metajuristischer Dezision: Welche Formen sozialer Konfliktregelung und ›ritueller Kommunikation‹ der Rechtshistoriker zum Recht zählt und welche nicht, das bleibt in hohem Grad seiner Theorieentscheidung vorbehalten. Man mag hier für und wider argumentieren können, es bleibt ein irreduzibler Rest an Willkür.

Kann insoweit eine empirische Abgrenzung der *Formen*, die insgesamt Recht ausmachen, gelingen, so erscheint gleiches für die Abgrenzung korrespondierender *Normbereiche* noch viel schwieriger. Einerseits insistiert WEITZEL im Zuge seines formellen Ansatzes darauf, daß das Recht als eigenständiger Normbereich aufgefaßt und von Bereichen anderer Sozialnormen strikt geschieden werden müsse, andererseits anerkennt er zugleich die Offenheit des Rechts in dem Sinne, daß es (noch) nicht

---

257 Zudem, meint Weitzel, »sollte man Rechtshistorikern, die sich mit Recht und Gericht befassen, nicht unterstellen, sie wollten mit der Beschreibung von Gerichtsbarkeit Aussagen zur mittelalterlichen Gesellschaft, Herrschaft, Lebenswelt usw. *insgesamt* machen. Sie sind zunächst einmal daran interessiert und damit hinreichend beschäftigt, die Funktionsweisen ihres ureigensten Forschungsgegenstandes zu ergründen. Ein Modell von Recht und Gericht ist noch lange kein Gesellschaftsmodell.« J. Weitzel – Rezension zu ›G. Althoff, Spielregeln der Politik im Mittelalter‹ bzw. zu ›G. Althoff, H.-W. Goetz, E. Schubert (Hrsg.), Menschen im Schatten der Kathedrale‹, S. 692.

258 G. Althoff – Recht nach Ansehen der Person, S. 82.

ausdifferenziert sei[259]. Damit aber kommt man in der Lösung der Frage, was eine Sozialnorm zur Rechtsnorm macht, was eine Gewohnheit zur Rechtsgewohnheit, nicht wirklich vom Fleck. Die Frage der ›Trennschärfe‹ stellt sich erneut und verschärft[260]. Zur Klärung der Frage, »wann eine Norm ›Recht‹ und nicht nur Sozialnorm ist«, erneut – wie es für eine formelle Abgrenzung der Rechtssphäre als solche sinnvoll war – auf das gerichtliche Verfahren zu verweisen mit dem Kriterium, »daß eine Gewohnheit, die gerichtlich überprüft werden [...] kann, mehr ist als reine Sozialnorm«[261], ist nicht wirklich vereinbar mit einem Konzept der Offenheit von Recht. Wenn es bei Weitzel im Text weiter heißt »Solche Regeln sind zumindest auch Rechtsnorm«, so ist mit der Einschränkung ›auch‹ ein entscheidender Punkt angesprochen: Ein und dieselbe Norm kann – selbst unter den Bedingungen bereits erfolgter Ausdifferenzierung positiven Rechts – durchaus gleichzeitig mehreren normativen Ordnungen angehören, z.B. der Moral, der Höflichkeit und dem Recht. Damit muß erst recht vor aller Ausdifferenzierung eine Scheidung von Normbereichen ganz undeutlich bleiben und eine strikte Zuordnung unmöglich. Wer wissen will, was den Bereich gerichtlich überprüfbarer Normen konstituiert, dem kann man nur unter berechtigtem Vorwurf einer *petitio principii* antworten, es seien all die Normen, die vor Gericht überprüfbar sind, oder »Recht sei alles, was vor Gericht geschieht«[262]. Daß Gericht Recht thematisiert und daß es geradezu ein Definitionsmerkmal von Recht ausmacht, im Gericht thematisiert zu werden, bedeutet weder zwingend, daß dort *Normen* überprüft werden, noch – wie auch Weitzel unterstreicht –, daß diese einen abgegrenzten Bereich gegen andere Sozialnormen oder gar ein System bilden müssen.

Ad (2) (Recht besteht aus Normen)

Die Betonung des ›eigenständigen Normbereiches‹ des Rechts wider die sonst getroffene Charakterisierung des Rechts als ›offen‹ i.S.v. Hermann Krause[263], ver-

---

259 J. Weitzel – Artikel ›Deutsches Recht‹ *(Lexikon des Mittelalters),* Sp. 781; ders. – Gewohnheitsrecht und fränkisch-deutsches Gerichtsverfahren, S. 77. Mit Verweis auf H. Krause – Königtum und Rechtsordnung in der Zeit der sächsischen und salischen Herrscher, S. 39 ff., J. Weitzel – Versuch über Normstrukturen und Rechtsbewußtsein im mittelalterlichen Okzident (450–1100), S. 375 f.; ders. – Rezension ..., a.a.O. S. 691.

260 So Althoff, a.a.O. S. 80: »Es ist eine für den Historiker, wie für den Rechtshistoriker wichtige Frage, ob man mit genügender Trennschärfe zwischen Rechtsgewohnheiten und anderen Gewohnheiten unterscheiden kann.«; siehe auch D. Willoweit (Hrsg.) – Die Begründung des Rechts als historisches Problem *(Diskussionsbericht),* S. 328.

261 J. Weitzel – Rezension zu ›K. Kroeschell, A. Cordes (Hrsg.), Funktion und Form‹, S. 536.

262 D. Willoweit, a.a.O. *(Diskussionsbericht).*

263 Krause unterscheidet in *Königtum und Rechtsordnung in der Zeit der sächsischen und salischen Herrscher*

dankt sich zweierlei Grundpositionen: einmal (mehr) der Abwehr von ALTHOFFS ausholendem Spielregelkonzept als Akt der Selbstbehauptung des rechsthistorischen Forschungsgegenstandes, zum anderen der Auffassung, daß Recht nicht nur abgrenzbare *Form,* sondern wesentlich auch *Norm* sei, d.h. aus Normen ›bestehe‹. Aussagen zum mittelalterlichen Rechtsbewußtsein setzen für WEITZEL »solche zum Normverständnis voraus«[264]. Ein Rechtsbewußtsein, das anders und abseits von ›Norm‹ (Normstruktur) und eng damit verbunden ›Geltung‹ (Geltungsstruktur)[265] grundgelegt wäre, ist – diese begriffliche Basis einmal gesetzt – *ab initio* ausgeschlossen.

WEITZEL ist zu sehr Jurist – und darin wiederum zu sehr vom herrschenden normativistischen Paradigma geprägt –, um sich begrifflich mit einem nicht aus Normen konstituierten Recht anfreunden zu können. Die tiefe Verwurzelung dieses Denkens zeigt sich u.a. daran, daß der so fundamentale Begriff der ›Norm‹ bei ihm nicht definiert wird. Nun mag er sich dazu als Rechtshistoriker auch nicht direkt berufen fühlen, jedoch wird – bei aller sonst spürbaren Bereitschaft, Ergebnisse der Rechtstheorie zu berücksichtigen – die variantenreiche Verwendung des Normbegriffs selbst dann von ihm nicht problematisiert, wenn er die Anwendbarkeit moderner Rechtsbegriffe im Hinblick auf die angemessene Beschreibbarkeit von mittelalterlichem Recht mit Recht anzweifelt. Daß ›Norm‹ Kunstwort bzw. *norma* selten anzutreffender Quellenbegriff ist[266] und in keinem überlieferten Fall in der

---

drei Spielarten der Offenheit: (1) die »Offenheit gegenüber der göttlichen Ordnung« (a.a.O. S. 39 ff.); (2) »die Beobachtung des Ineinandergleitens der Maßstäbe, der Offenheit des Rechts auch in diesem Sinne, seiner Fähigkeit, von anderen Ordnungsreihen etwas aufzunehmen (a.a.O. S. 47 ff.), und (3) Offenheit i.S. des Fehlens einer die Einzelregelungen zusammenhaltenden umgreifenden Systematik (a.a.O. S. 49 ff.). Vgl. B. Kannowski – Rechtsbegriffe im Mittelalter, S. 8; H. Vollrath – Das Mittelalter in der Typik oraler Gesellschaften, S. 583 f.; G. Dilcher – Mittelalterliche Rechtsgewohnheit als methodisch-theoretisches Problem, S. 52.

264 J. Weitzel – Versuch über Normstrukturen und Rechtsbewußtsein im mittelalterlichen Okzident (450–1100), S. 379.

265 »Im Zentrum […] wird das Normverständnis von der Entstehungs- und der Geltungsweise von Recht bestimmt, also von den Formen der Normbildung, den Legitimationsgründen sowie Struktur und Reichweite des Geltungsanspruchs.« A.a.O.

266 Ein paar Beispiele seien erwähnt: Auf eine *antiqui iuris norma* verweist J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 917; G. Theuerkauf – Sachsenrecht im Übergang, S. 418 f., führt u.a. eine *norma apostolica* bzw. *regularis* als »Ausdruckstyp für das Begriffsfeld ›Recht/rechtmäßig‹« an; S. Weinfurter – Ottonische Neuanfänge, S. 4, erwähnt die *norma rectidudinis* bei Widukind von Corvey (zur *norma rectitudinis* siehe auch K. Kroeschell – Wahrheit und Recht im frühen Mittelalter, S. 409); in G. Köblers ausführlicher Untersuchung zum *Recht im frühen Mittelalter* findet sich *en passent* die Wendung *secundum normam iuris ac legum* (S. 57) als Beispiel für den untersuchten Typus *secundum ius*; H. Keller

Bedeutung eines all die anderen Rechtliches bezeichnenden Worte übergreifenden Terminus verwendet wird, bleibt als völlig selbstverständlich undiskutiert. Dennoch ist die basale Schicht seines Rechtsbegriffs natürlich nicht ohne rechtstheoretische Referenzpunkte. Er knüpft ausdrücklich an Hermann Kantorowicz und dessen Definition von Recht als »eine Gesamtheit von Regeln, die äußeres Verhalten vorschreiben und als gerichtsfähig angesehen werden«[267] an, betont jedoch an der gleichen Stelle, daß diese Definition nicht mit dem mittelalterlichen Recht zur Deckung komme, weil (den Forschungen Ebels Rechnung tragend) mit einer komplexeren Mehrschichttypologie des Rechtlichen zu rechnen sei. Recht sei so nicht »schlechthin auf das ›richterliche Organ‹ bezogen«[268]. Die zu unterscheidenden Typen (*recht*, Gebot, Willkür) seien zur Kennzeichnung der »Binnenstrukturen des Rechts«[269] unverzichtbar. Man müsse daher insbesondere zwischen Recht i.S.v. Kantorowicz und ›*recht*‹ als »Summe der vor den öffentlichen Gerichten des fränkisch-deutschen Mittelalters anwendbaren Regeln« differenzieren. Die Struktur beider Formen ist dabei aber völlig analog gedacht: Hie und da ist es jeweils die *Gerichtsfähigkeit*, die entscheidet, und beide Male sind es *Regeln*, die ›gelten‹ bzw. ›angewandt‹ werden. Soweit es um Aussagen über Gericht und Urteil geht, ist für ihn die Definition von Kantorowicz direkt verwendbar.

Es erscheint aber insgesamt sehr zweifelhaft, ob eine solche unmittelbare Indienstnahme dieser Definition zweckmäßig ist – und das nicht zuletzt gerade wegen der durch Weitzel selbst erarbeiteten Forschungsergebnisse. Was Weitzel an der Definition von Kantorowicz offensichtlich anziehend findet, ist dessen

---

– Das Bildnis Kaiser Heinrichs im Regensburger Evangeliar aus Montecassino, S. 199, dokumentiert die Verwendung von *norma* i.S.v. Regel in einem ikonographischen Kontext. All diese Verwendungen stehen zahlenmäßig weit hinter zeitgenössischen Rechtsbegriffen wie *lex*, *ius* oder *consuetudo* zurück und in keinem Zusammenhang mit einer Verwendungsweise, wie sie idealtypisch bei letztgenanntem Autor anzutreffen ist, wenn dieser von ›verhaltensbestimmenden Normen‹, von »Gesellschaftsstruktur und deren Normenordnung«, vom »System anerkannter rechtlicher Normen« oder von den Gestaltungswillen leitenden »Normen und Prinzipien« spricht (H. Keller – Reichsorganisation, Herrschaftsformen und Gesellschaftsstrukturen im regnum Teutonicum, S. 192 f.).

Ein Beispiel für eine abstraktere, in die Zukunft weisende Verwendung des Begriffs *norma* bietet ein Traktat Boncompagnos da Signa aus dem 13. Jahrhundert mit der Statutendefinition: »*statutum est arbitraria mundi norma que a vulgari hominum consuetudine procedit*« (»[Ein Statut ist] verwillkürte weltliche Rechtsnorm [, die] aus der gelebten Rechtsgewohnheit der Menschen heraustritt«), zit. nach H. Keller, R. Schneider – Rechtsgewohnheit, Satzungsrecht und Kodifikation in der Kommune Mailand vor der Errichtung der Signorie, S. 176 f.

267 A.a.O. S. 50; H. Kantorowicz – Der Begriff des Rechts, S. 90.

268 J. Weitzel, a.a.O.

269 A.a.O. S. 54.

Insistenz auf die ›Gerichtsfähigkeit‹ als »entscheidendes Merkmal des Rechts«[270], die sich *prima facie* ganz mit seinen eigenen Überlegungen zum Gericht zu decken scheint. Aber schon das jeweils unter ›Gericht‹ Bezeichnete ist grundverschieden, bei KANTOROWICZ ein staatsbezogen agierendes richterliches Organ, das zu einem System zusammengefaßte abstrakte Rechtsregeln zur Anwendung bringt und staatlich-autoritäre Drittentscheidungen trifft; dem steht gegenüber das mittelalterliche dinggenossenschaftlich organisierte Gericht inmitten einer konkreten, wesentlich durch Oralität geprägten Rechtswelt. KANTOROWICZ' in der üblichen Manier getroffene Unterscheidung zwischen Tatsachen und (normativen) Regeln, innerhalb der Regeln wiederum zwischen Rechtsregeln und Regeln anderer sozialer Systeme[271], verabsäumt es jedoch, zugleich ein Kriterium dafür zu nennen, *was* eine Regel als solche gerichtsfähig macht. Die Definition läuft diesbezüglich völlig ins Leere[272]. Ein solches Kriterium entwickelt auch WEITZEL nicht, ja es scheint, als wäre der Anspruch, Recht als abgrenzbaren Normbereich zu reklamieren, im selben Moment ganz aufgegeben: »Im materiell-inhaltlichen Sinne gibt es tatsächlich keine ›abgegrenzte Rechtssphäre‹«[273], schreibt er bzw. »Grundsätzlich nämlich sind zumindest alle jene Normen Recht, die gerichtsfähig sind. Ob sie dann ihrer Herkunft nach in Sitte, Moral, Religion oder in einer ›primär rechtlichen‹ Gewohnheit gründen, ist für den Rechtsbegriff belanglos«[274]. *Quis vel quid judicabit*, wird man fragen müssen, *wer* oder *was* entscheidet, ob eine Norm aus der Vielfalt der Gewohnheiten, der moralischen, sittlichen oder religiösen Vorstellungen vor Gericht relevant ist oder nicht? Solange keine Theorie entwickelt ist oder mindestens ein Kriterium plausibel gemacht wird, das nachvollziehbar macht, wie – wenn überhaupt – in einem Ding materielle Gesichtspunkte in eine Entscheidung einfließen, und das zugleich den Spezifika oraler Rechtstradition gerecht wird, bleibt das ganz im Verborgenen. Zugleich aber muß man aber auch fragen, was die Heranziehung des Normbegriffs in

270 H. Kantorowicz, a.a.O. S. 89.

271 A.a.O. S. 40 f. Den Begriff ›Regel‹ definiert Kantorowicz wie folgt: »Regeln sind Bezeichnungen für Beziehungen, wie sie zwischen einem menschlichen Verhalten (A) und einigen seiner möglichen Eigenschaften (B) bestehen sollen, sei es in der kategorischen Form von ›A soll B sein‹, sei es in der hypothetischen Form ›Wenn A ist, so soll B sein‹.« A.a.O. S. 38 f. Die Definition ist unbefriedigend schon deshalb, weil im zweiten, hypothetischen Fall A nicht unbedingt ein ›menschliches Verhalten‹ zu sein braucht – es kann auch ein beliebiger Sachverhalt ohne menschliches Zutun bedingendes Element einer Norm sein – und B nicht unbedingt eine ›seiner möglichen Eigenschaften‹.

272 Siehe dazu auch die Einleitung zu *Der Begriff des Rechts* von A.L. Goodhart, a.a.O. S. 17 f.

273 J. Weitzel – Rezension zu ›G. Althoff, Spielregeln der Politik im Mittelalter‹ bzw. zu ›G. Althoff, H.-W. Goetz, E. Schubert (Hrsg.), Menschen im Schatten der Kathedrale‹, S. 691.

274 J. Weitzel – Gewohnheitsrecht und fränkisch-deutsches Gerichtsverfahren, S. 77.

einem Zusammenhang rechtfertigt, in dem eine Zuordnung zu einem sozialen Teilnormensystem (›primäres Recht‹, Sitte, Moral, Religion etc.) weder möglich noch von Belang sein soll. In Wahrheit wird an der Ungeschiedenheit dieser Teilbereiche eine Grenze für die Anwendbarkeit des Normbegriffs sichtbar. Er wird schlicht unbrauchbar, wenn das dargebotene Material der im Begriff der Norm immanent angelegten Tendenz zur Systematisierung sich sperrt.

Einen weiteren Anknüpfungspunkt für Weitzels Rechtsbegriff bietet Gerhart Husserls Schrift *Rechtskraft und Rechtsgeltung*, die gleichsam die rechtstheoretische bzw. rechtsphilosophische Leitreferenz für Weitzel bildet. Dieses Werk[275], das insgesamt sehr wenig Resonanz gefunden hat, vielleicht auch wegen der reichlich im Dunkeln bleibenden Voraussetzungen, die es mit der Phänomenologie Edmund Husserls verbindet, setzt den Normbegriff ebenfalls undefiniert voraus: »Unter ›Recht‹«, heißt es dort, »soll verstanden werden: *Rechtsnorm*. Und zwar sowohl die *generelle*, in Einzelsätzen sich vervielfältigende Rechtsnorm nach Art einer Staatsverfassung als die der Regelung eines bestimmten Lebenssachverhaltes dienende *individuelle* Norm«[276]. Die Verhältnisse liegen hier aber insofern anders als bei Kantorowicz, als ausdrücklich auch archaische Rechtsverhältnisse in die Betrachtung miteinbezogen sind, wenn auch unter einem – noch zu erörternden – eigentümlich ›zivilrechtlich‹ geprägten Blick auf die Dinge.

Ebenfalls vorbildgebend für Weitzel ist die Rechtsdefinition bzw. die »geräumige Faustformel« von Franz Wieacker, die Recht bestimmt »als das besondere Regelsystem, das – im Gegensatz zu anderen sozialen Regelsystemen wie religiöses Gebot, Moral, Sitte, Brauch und selbst Mode – gekennzeichnet ist durch Beschränkung auf äußeres Verhalten, innere Anerkennung und Erzwingbarkeit in einem formalisierten Verfahren, dem Rechtsaustrag«[277]. Das eigentlich Spannende an dieser Definition, deren Grundkonstruktion, Recht als besonderes und abgegrenztes Regelsystem zu verstehen, ganz im normativistischen Modus befangen bleibt, liegt in der Figur des ›Rechtsaustrages‹, die von Wieacker, um den archaisch-römischen Rechtsverhältnissen angemessen sich nähern zu können, als »ritualisierten Zugriff« auf Personen und Sachen verstanden wird; daran knüpft unmittelbar sein Begriff vom archaischen Recht als fundamentaler Gegensatz von *vis* und *ius* an: »*Ius* ist Ritualisierung des Machtzugriffs in von der Gemeinschaft anerkannten und geübten

---

275 Vgl. B. Böhler – Gerhart Husserl. Leben und Werk.

276 G. Husserl – Rechtskraft und Rechtsgeltung, S. 5.

277 F. Wieacker – Ius, S. 33 f. Der explizite Bezug auf Wieacker findet sich in J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 42 f.

Handlungsmustern, die den blutigen Gewaltaustrag abfangen sollen«[278]. *Vis* ist dagegen das, was es zu minimieren gilt – bloße, nicht durchs Ritual gerechtfertigte Gewalt. Diese Begriffsbildung erlaubt es, die Reichweite des Rechts in historische Phasen vor der Etablierung gerichtlicher Drittentscheidungsmechanismen auszudehnen, was Weitzel bis zu einem gewissen Grad in seine eigene Konzeption zu übernehmen bereit ist: »Der springende Punkt liegt in der Erstreckung des Rechtsaustrages auf die rechtsförmige Selbsthilfe [...] Hierin liegt der Verzicht auf die Teilnahme Dritter an der Konfliktlösung als Voraussetzung von ›Recht‹. Man wird dem Gedanken, daß schon das im Konfliktfall zwischen den Parteien zur Streitlösung (Klärung der Situation) geübte Ritual die Existenz von Recht anzeige, jedenfalls dann folgen können, wenn das Ritual einer Sachlösung gilt und solchen ritualisierten Zugriffen späterhin die Ausbildung eines Rechtszwangsapparates nachfolgt«[279]. Einen ähnlich weit gehenden Begriff des Rechtszwanges ortet Weitzel im übrigen auch bei Max Weber[280].

Was all die genannten Positionen einschließlich Weitzels eigener gemeinsam kennzeichnet, ist der unbefangene – fast naiv anmutende – Einsatz des zumeist zum System gesteigerten Normgedankens. Auch wenn Weitzel letzteres, den Systemgedanken im mittelalterlichen Recht, wiederholt zurückweist, bedient er sich doch durchgehend des Normbegriffs und zahlreicher Derivate, eine terminologische Präferenz, die einen latenten Bezug auf ein dahinterstehendes Normensystem – mindestens als permanente Assoziation beim rechtspositivistisch sozialisierten Leser – unvermeidbar macht. Das ›Urteil‹ im dinggenossenschaftlichen Verfahren ist ihm »Einzelfallentscheidung *und* Norm«[281] zugleich, soll aber im selben Moment als Rechtskonkretisierung nicht als »Vollzug einer abstrakten Rechtsnorm«[282] verstanden werden. Aus dem Komplex ›Norm – Geltung – Subsumtion‹ wird die letztgenannte Komponente ausgeschieden und – etwas kryptisch – ersetzt durch die »Rolle des Prozesses für die Gewinnung der Objektivierung des Rechts im Wort«, also durch das vornehmlich im Ding in nichtschriftlicher Form repräsentierte Rechtswissen der Rechtsgemeinschaft. Dieses Wissen ist Spiegel der in der Lebensordnung verankerten Rechtsgewohnheit und diese insoweit nicht bloß faktisch, sondern auch normativ. So weit diese angenommene Ordnung umgemünzt in einen Prozeß auf eine Auswahl

---

278 F. Wieacker – Rechtsaustrag und Rechtsvorstellung im archaischen Rom, S. 597.

279 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 42 f.

280 A.a.O. S. 47.

281 J. Weitzel – Versuch über Normstrukturen und Rechtsbewußtsein im mittelalterlichen Okzident (450–1100), S. 376.

282 J. Weitzel – Gewohnheitsrecht und fränkisch-deutsches Gerichtsverfahren, S. 79.

zwischen mehreren Handlungsalternativen hinausläuft, läßt sich für WEITZEL hinsichtlich der Auswahlkriterien »der Normcharakter nicht bestreiten«[283]. Es kommt also in den Wendungen ›Norm‹, ›Normcharakter‹, ›normativ‹ in der Hauptsache auf das »Soll-Element«[284] an und weniger darauf, Normen i.S.v. individuierbaren Normsätzen als Konstituentien mittelalterlichen Rechts zu behaupten. Trotzdem partizipiert der rechtstheoretische Normbegriff zu sehr am Paradigma des Schriftrechts, als daß seine Verwendung nicht zu ständiger Korrektur von Mißverstehen zwänge, gerade wenn versucht wird, die Eigenart oraler Rechtskultur damit zu erfassen. Immer wenn von ›Normtyp‹, ›Normstruktur‹, ›Normkomplex‹, ›Normbildung‹, aber auch korrespondierend dazu von ›Geltung‹, ›Geltungsgrund‹ etc. gesprochen wird, trägt das die Hypothek einer nicht abweisbaren Verdinglichung, die den Rechtsvorstellungen der Zeit unangemessen ist und ein richtiges Verständnis versperrt. Die im Gericht als Rechtswissen konkret werdende Rechtsgewohnheit verwandelt sich vor diesem Hintergrund zwangsweise zurück in die unselige, scheinbar schon verabschiedete Vorstellung von der auswendig gewußten, aus einzelnen Rechtsnormsätzen bestehenden Gewohnheitsrechtsordnung, so sehr man dies als irreführend auch zurückweisen mag. Daß der Normbegriff – selbst für positivistisch verstandenes Schriftrecht – nicht unproblematisch und frei von Aporien ist, wurde versucht im ersten Abschnitt dieser Arbeit vorzuführen. Die Schwierigkeiten potenzieren sich für das vormoderne Recht. Es gibt aber für jene, die meinen, die philosophische Natur des Problems ginge sie nichts an und sei jedenfalls von keiner praktischen Relevanz, nicht eine gleichsam unschuldige, von diesen Schwierigkeiten ganz unberührte Verwendung des Begriffs ›Norm‹, auf die man sich zurückziehen und in der Forschergemeinschaft konsensual einen dilatorischen Formelkompromiß etablieren könnte: Das Ignorieren der Ergebnisse der rechtstheoretischen Nachbardisziplin rächt sich für die Rechtsgeschichte durch die Beharrlichkeit der Verständnisschwierigkeiten, die gewisse Phänomene, wie das Funktionieren oraler Rechtskultur, nach wie vor kennzeichnen. Die Einbeziehung der Rechtstheorie – die gerade JÜRGEN WEITZEL dringend für geboten hält – ist bisher nicht entschieden genug erfolgt und der notwendige Austausch der Basiskategorien noch nicht vollzogen, vielleicht auch, weil auf Seiten der Rechtstheorie die Nöte der Rechtshistoriker nicht wahrgenommen wurden.

---

283 J. Weitzel – Versuch über Normstrukturen und Rechtsbewußtsein im mittelalterlichen Okzident (450–1100), S. 375 FN 15.

284 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 111 FN 255.

Ad (3) (Rechtsgewohnheit ist schriftlos und herrschaftsfern)
Jürgen Weitzel betont für die Typologie des mittelalterlichen Rechts wiederholt eine geographische Nord-Süd-Differenzierung, eine »Grenze zwischen geschriebenem Recht und im Prinzip schriftlosen Rechtsgewohnheiten«[285]. Dieser Unterscheidung tritt an die Seite die sachliche Gliederung in gelehrtes und ungelehrtes Recht während des gesamten Mittelalters[286], und sie wird ergänzt durch die Rechtbegrifflichkeit Wilhelm Ebels, die nach dem Rechtsgrund fragend differenziert zwischen *recht*, Gebot und Willkür. Die »transalpine Provinz des ungeschriebenen Rechts« meint also die Rechtswelt des Nordens, die schriftlos[287] in der Dingversammlung lebt, und das vornehmlich in der Form von *Rechtsgewohnheit(en).* Der von Kroeschell aufgebrachte und von Dilcher ausgebaute Begriff wird also in enge Verbindung mit der von Ebel abgeleiteten Schicht des schriftlosen *rechts* gebracht. Das hinter den Rechtsgewohnheiten stehende Modell kennt nicht die Anwendung von kodifizierten Schriftrechtsnormen und damit nicht den in der Kontinuität mit römischen Prozeßformen stehenden autoritativ entscheidenden Einzelrichter des Südens. Schriftlosigkeit und gemeinsame Praxis der Rechtskonkretisierung durch die Dinggenossen gehören zusammen[288], rücken das Verfügungsmonopol über die Rechtsschicht weg vom Gerichtsherrn – ›Schriftlosigkeit‹ koinzidiert deshalb mit ›Herrschaftsferne‹[289]. Ein Kriterium für letztere lautet: »Staats- oder Herrschaftsferne des Rechts stellt darauf ab, daß das D.[eutsche] R.[echt] nicht äußerlich (staatl.-herrschaftl.-autoritativ) gebotenes Recht ist. Es trägt als solches keinen von außen kommenden Zwang in sich, sondern nur die Verbindlichkeit des verpflichtenden Gewissens und des unstreitig geübten bzw. gerichtsförmig herbeigeführten Konsen-

285 J. Weitzel – Die transalpine Provinz des ungeschriebenen Rechts, S. 23.

286 »Erscheinungsformen des schriftlich-gelehrten und des mündlich-ungelehrten Rechts sind zu jedem Zeitpunkt des Mittelalters nebeneinander zu verzeichnen.« J. Weitzel – Versuch über Normstrukturen und Rechtsbewußtsein im mittelalterlichen Okzident (450–1100), S. 378. Siehe auch ders. – ›Relatives Recht‹ und ›unvollkommene Rechtsgeltung‹ im westlichen Mittelalter, S. 45.

287 »Das Recht lebte also im Wort und nicht in der Schrift. Der Rechtskonflikt wurde in einem mit Zwangselementen angereicherten Rechtsgespräch, nicht aber durch Auslegen eines Normtextes beigelegt.« J. Weitzel – Gewohnheitsrecht und fränkisch-deutsches Gerichtsverfahren, S. 70.

288 »Nicht zuletzt korrespondiert dem selbsturteilenden Richter ein – jedenfalls rudimentäres – Verständnis für Schriftbindung und Gesetzesrecht, während die Dinggenossenschaft das Gegenstück zur Oralität der jeweiligen Stammesgesellschaft und zu den Rechtsgewohnheiten abgibt.« J. Weitzel – Die Bedeutung der Dinggenossenschaft für die Herrschaftsordnung, S. 353.

289 »Zu den Rechtsgewohnheiten fehlt eine zeitgenössische Theorienbildung. Ihre wesentlichen Merkmale sind die Schriftlosigkeit und damit verbunden Herrschaftsferne und Fehlen eines Systemdenkens […]« J. Weitzel – Der Grund des Rechts in Gewohnheit und Herkommen, S. 141.

ses der Rechtsgenossen«[290]. Die ›innere Verpflichtung‹ ist Ergebnis und Träger des Sollenscharakters in dieser »Selbstverwaltung oder Selbstregulierung des Rechts« und rechtfertigt es, das Gericht als »Gegenstruktur zur Herrschaft«[291] zu verstehen: »Das Recht der Dinggenossenschaft ist nicht herrschaftlich organisiert, es verwaltet sich vielmehr in der Rechtsgemeinschaft selbst«[292]. Daß zugleich mit dem Gerichtsvorsitz des Herrn und dem Gebot des Urteils ›Gericht‹ immer auch Veranstaltung und Repräsentation von Herrschaft ist, ist demgegenüber zweitrangig. Diese Form der Verpflichtungskraft, die eine Verbindung mit Zwangselementen ganz ausblendet und die gewöhnlich mehr mit der Sphäre der Moral als der des Rechts verbunden wird, schafft eine eigene Kategorie des Rechtlichen, ganz ohne innere Verbindung zu Selbsthilfe oder herrschaftlichem Zwang. Das am Ende des Verfahrens hinzutretende Gebot bleibt dieser Form von selbstorganisiertem Überzeugungsrecht ganz äußerlich. Der Begriff der Rechtsgewohnheit tritt so bei WEITZEL in ein doppeltes Oppositionsverhältnis: einmal steht ›Rechtsgewohnheit‹ dem Gebotsrecht gegenüber und repräsentiert die herrschaftsfreie Form rechtlicher Selbstorganisation, andererseits befindet sie sich durch das schriftlose Medium – wie schon bei KROESCHELL und DILCHER – ausdrücklich im Gegensatz zum ganz wesentlich am Schriftrecht ausgerichteten Konzept des Gewohnheitsrechts; an diesem wird erkennbar, daß beide Momente, Herrschaftsferne und Schriftlosigkeit, in gewisser Weise in diesem Punkt zusammenfallen: »Soweit danach Gewohnheitsrecht eine mit dem Schriftrecht gemeinsame Geltungs- und Durchsetzungsstruktur aufweist oder gar der – wenn auch nur fiktiven – Aufnahme in den Willen eines Gesetzgebers bedurfte, ist es dem Typus des Gebotsrechts zuzuordnen«[293].

Die mit dieser besonderen Akzentuierung vollzogene Einbettung der Rechtsgewohnheit in das Schema von EBEL steht nun in krassem Gegensatz zur gleichzeitig bei WEITZEL keineswegs aufgegebenen Anknüpfung an den Rechtsbegriff GERHART HUSSERLS. Das Rechtsverständnis HUSSERLS läßt mehrfache Wurzeln bzw. Geltungsgründe des Rechts nicht zu, daran, daß es nur eine einzige Urform der Rechtsgeltung geben kann, läßt er keinen Zweifel aufkommen: »Durch Unterwerfungsakte der normbetroffenen Rechtssubjekte erzeugte Rechtsgeltung: das ist das Primäre und auch das rechtlich allein Mögliche. Ein ›Recht‹, das auf dieser genetischen Grundlage *nicht* steht, entbehrt der Rechtsgültigkeit und trägt den Namen Recht fälschlicher-

290 J. Weitzel – Artikel ›Deutsches Recht‹ *(Lexikon des Mittelalters),* Sp. 779.

291 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 105; siehe auch den Abschnitt *Dinggenossenschaft gegen Herrschaft*, a.a.O. S. 154 ff.

292 J. Weitzel – Die Bedeutung der Dinggenossenschaft für die Herrschaftsordnung, S. 360.

293 J. Weitzel – Die Konstituierung der Gemeinde aus der Rechtstheorie, S. 165.

weise«[294]. Es ist dies die von begleitenden normativen Momenten ganz und gar freie Übereinkunft zwischen Parteien – ein zivilrechtliches Modell, dem die *lex contractus*, d.h. das konkret ausgehandelte Recht, ausschließliche Rechtsquelle ist. Alle anderen Formen, einschließlich des Gesetzesrechts, sind umständlich konstruierte Derivate.

Der angeführte Geltungsgrund ›paßt‹ im Hinblick auf das EBELsche Schema nur auf den Typus des Willkürrechts. Statutarische Willkür beruht tatsächlich auf Vereinbarung und förmlicher eidlicher Unterwerfung, ebenso individuelle Verwillkürung, z.B. im Prozeß. Der Versuch, auch das Gebotsrecht mit dieser Begriffskonstruktion zu erfassen, gerät zur reinen Fiktion, indem nämlich förmliche Unterwerfungsakte der Rechtsgemeinschaft mit Übertragung von Befehlsbefugnis an erst durch diesen Akt hierarchisch Höhergestellte unterstellt werden müssen, was ganz lebensfremd ist. Erst recht werden die Rechtsgewohnheiten in ihrer rechtlichen Qualität arg verkürzt, weil die Ausschließlichkeit der bilateralen Rechtsbegründung diese im Prozeß erst mit den parteilichen Urteilserfüllungsgelöbnissen am Ende des Prozesses in die Sphäre des Rechtlichen eintreten läßt: »den Parteien bleibt es überlassen, durch Unterwerfungsakte [...] den gerichtlich geformten Rechtssachverhalt zur rechtskräftigen, die Streitteile rechtlich vergemeinschaftenden lex inter partes zu erheben«[295]. In einer rechtlichen ›Vergemeinschaftung‹ leben die Rechtsgenossen jedoch schon davor mit den Rechtsgewohnheiten und mit dem Ding als dem Ort der Bekräftigung, Reproduktion, Anpassung und Auslegung derselben. Auch hier wäre die Vorstellung wechselseitiger Unterwerfung unter damit als rechtlich verbindlich anerkannte Gewohnheiten eine ganz künstliche Herangehensweise.

WEITZELS Rechtsbegriff bekommt dergestalt eine zweifache Hypothek vererbt, einmal die – man muß es sagen – dunkle und prononciert antiKELSENianische[296] Seinsmystik HUSSERLS und zudem eine Willensmetaphysik, die – hierin KELSEN wieder verwandter – alles Recht auf konkrete Willenakte aufbaut: »Die Konstituierung des Rechts – seine Geltungserzeugung – erfolgt durch konkrete Willensakte«[297], »durch Willensakte der normbetroffenen Rechtssubjekte, die sich dem ›Recht‹ als Norm ihres personalen Rechtskreises *unterwerfen*, dadurch die Rechtsgemeinschaft erzeugend«[298].

294 G. Husserl – Rechtskraft und Rechtsgeltung, S. 132.

295 A.a.O. S. 140.

296 Husserl stellt Kelsens in positivistischer Tradition stehenden Trennung von ›Sein‹ und ›Sollen‹ diametral die »für das Verständnis der Rechtserzeugung grundlegende Einsicht, daß aus dem ›Sein‹ der willentlichen Bewußtseinsakte individueller Rechtssubjekte das ›Sollen‹ der Rechtsnorm, die normative Wirklichkeit der durch Unterwerfungsakte konstituierten Vertragsrechtsordnung entsteht«, entgegen (a.a.O. S. 40).

297 A.a.O. S. 11.

298 A.a.O. S. 47.

Bei diesen Willensakten muß es sich um »sinnlich verlautbarte Unterwerfungsakte der den personalen Kreis der Rechtsnorm bildenden Rechtssubjekte«[299] handeln. Im Ergebnis läuft das auf eine Variante der Vertragstheorien zur Begründung von Staat und Recht, bzw. bei Husserl des ›Rechtskreises‹, hinaus[300], eine Begründungsform, die Weitzel für das Mittelalter ablehnt[301]. Man kann eine derartig konzipierte Rechtstheorie nicht ›widerlegen‹, man kann nur nach ihrer Brauchbarkeit fragen und zum Schluß kommen, daß Husserl in Ebel mit dessen weitaus angemesseneren Differenzierung seinen Tycho de Brahe und Johannes Kepler in einer Person gefunden hat. Sowohl vom dargebotenen empirischen Material her als auch von der theoretischen Durchdringung überzeugt Ebels nichtmonistischer Ansatz mehr; keinesfalls können aber beide Positionen nebeneinander aufrechterhalten werden. Husserls Rechtsbegriff zieht sich – gleichsam als der Prototyp einer allgemeinen Rechtslehre[302] – wie ein roter Faden durch Weitzels Arbeiten[303].

Ad (4) (Recht = konkreter Konsens)
Als bedeutsam für den Rechtsbegriff erweist sich die übernommene Vorstellung von der ›Rechtskonkretisierung‹. Weitzel spricht von »Repräsentation und konkretisierende[r] Bewährung des ungeschriebenen Rechts«[304] bzw. davon, daß das Recht »sich im Gericht bewährt und behauptet, […] im gerichtlichen Verfahren faßbar und konkretisiert wird«[305]. An anderer Stelle apostrophiert er das Ur-

299 A.a.O. S. 59; an späterer Stelle relativiert Husserl diese Forderung allerdings ein wenig: eine ›Verfassung‹ enteignet das Rechtssubjekt insoweit, als »das verfassungsmäßig zustande gekommene Gesetz auch gegen den Bürger [gilt], der an seinem Zustandekommen nicht beteiligt war und ihm jetzt widerspricht«, a.a.O. S. 73.

300 A.a.O.: »Damit die Verfassung zur rechtlichen Grundnorm des Staatsverbandes werde, bedurfte es der willentlichen Anerkennung *aller* sich unter dieser Rechtsordnung vergemeinschaftenden Rechtssubjekte. Wer der bei der Gemeinschaftsgründung festgestellten Rechtsordnung […] die Anerkennung verweigerte, schloß sich damit selber aus dem zu gründenden Rechtsverbande aus, indem er die Beugung seines Willens unter den in der Rechtsordnung normativ festgelegten Gesamtwillen ablehnte.«

301 »Das fränkisch-deutsche Rechtsdenken des Mittelalters beruht nicht auf romanistischen Vertragskonstruktionen, sondern auf dem Genossenschaftsdenken.« J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 196.

302 A.a.O. S. 5 FN 7.

303 Auf Husserl explizit verwiesen wird a.a.O. S. 5, 27, 39, 196, 885, 1349, 1376; ders. – Gewohnheitsrecht und fränkisch-deutsches Gerichtsverfahren, S. 72; ders. – ›Relatives Recht‹ und ›unvollkommene Rechtsgeltung‹ im westlichen Mittelalter, S. 46, 53.

304 J. Weitzel – Über Oberhöfe, Recht und Rechtszug, S. 26.

305 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 21.

teil als »konkretisiertes ›objektives‹ Recht«[306] bzw. als »Konkretisierung des nur im Wort vorübergehend objektivierbaren Rechts«[307], zumeist spricht er formelhaft vom »konkret-konsensualen Recht«. Zur Erläuterung dessen, was er unter ›Rechtskonkretisierung‹ versteht, verweist WEITZEL ausdrücklich auf Passagen aus HUSSERLS *Rechtskraft und Rechtsgeltung*[308]. Der Verweis führt aber auf eine falsche Fährte, denn dieser beschreibt an der angegebenen Stelle ein an einem durchaus staatlichen Bezugsrahmen orientiertes Modell der Rechtskonkretisierung im Wege der Subsumtion unter »präexistente, generell geltende Rechtsnorm[en]«[309]. Auf dieses Modell zu rekurrieren, um Rechtskonkretisierung im Ding zu beschreiben, wäre denkbar unglücklich. HUSSERL geht von autoritativ gesetzten Normen aus, die von einem zur Gesetzgebung berufenen Organ ›sanktioniert‹ werden, die ein generell-abstraktes Leben führen, bis im Akt der Rechtskonkretisierung durch Anwendung auf einen Lebenssachverhalt eine konkrete Norm aus der abstrakten geboren wird. Das Modell ist ganz ähnlich dem KELSENS, der insoweit von *genereller* und *individueller* Norm spricht, ist seinem ganzen Erklärungsinteresse nach am positiven modernen staatlichen Schriftrecht orientiert und weist keine wie immer gearteten Verbindungen zur Rechtskonkretisierung in oralen vorstaatlichen Gesellschaftsstrukturen auf. Das kann nicht gemeint sein, wenn von WEITZEL ganz im Gegensatz dazu ›konkretes‹ Recht diskutiert wird als »anschauungsgebunden verallgemeinernd, nicht abstrakt generalisierend«[310], gründend »in der jeweils konkreten Anschauung darüber, was rechtens sei«[311]. Die Konkretion, um die es hier geht, ist kein gedanklicher Übergang vom Abstrakten zum Konkreten, sondern etwas anderes: eine Form, mit der innerhalb einer auch normativ verstandenen Lebensordnung ein besonderer, ausgewählter Aspekt angesprochen und als ›gesollt‹ dargestellt werden kann. Diese Art der Rechtskonkretisierung rangiert für WEITZEL auch als »Gewinnung des verbindlichen

306 A.a.O. S. 1376.

307 J. Weitzel – Gewohnheitsrecht und fränkisch-deutsches Gerichtsverfahren, S. 79.

308 A.a.O. S. 21, FN 39: »Zum Begriff der Rechtskonkretisierung vgl. vorerst Husserl [*Rechtskraft und Rechtsgeltung*], S. 17 ff., 140 ff.«

309 G. Husserl – Rechtskraft und Rechtsgeltung, S. 30. Das Verhältnis von *abstraktem* und *konkretem* Recht stellt sich wie folgt dar: »Das Recht abstrakter Geltung bezieht sich primär (seinem Rechtsinhalte nach) auf den generellen, typisch vorgezeichneten ›Wenn‹-Tatbestand. Im Gegensatz zum konkret geltenden Rechte, das ein Stück sozialen Lebens unmittelbar greift. Abstrakte Geltung ist *Gesetzes*geltung im prägnanten Sinne.« A.a.O. S. 17. Der Übergang vom abstrakten zum konkreten Recht geschieht durch eine Verknüpfung von logischer Form der Subsumtion mit einem rechtserzeugenden Willensvorgang, in der ›Rechtsanwendung‹: »Sie erzeugt durch Konkretisierung der abstrakten Norm hic et nunc eine neue Seinsform des Rechtes, das eine Überführung in die [Seins-]Form *konkreter* Geltung erfährt.« A.a.O.

310 J. Weitzel – Gewohnheitsrecht und fränkisch-deutsches Gerichtsverfahren, S. 78.

311 J. Weitzel – Schriftlichkeit und Recht, S. 613.

Rechts im gerichtlichen Verfahren [...] an Bedeutung weit vor jeder Rechtsnorm-konkretisierung«[312], die schon deswegen zurückstehen muß, weil oralen Gesellschaften dem Denken in logischen Subsumtionen eher fernstehen.

Tatsächlich findet sich auch bei Husserl ein zweites Modell der Rechtskonkretisierung, das »primäre Individualrechtsgeltung« bzw. »*Primäres*, d.h. von keinem Rechte höherer Ordnung seine konkrete Form ableitendes Recht«, hervorbringt[313]. Husserl holt mit diesem alternativen Modell weit aus, es sei dies »historisch [...] wohl die älteste Form der Rechtserzeugung«[314]. Was im Raum steht, ist ein Spiegelbild des deduktiven Gegenstücks: Von der individuellen Vereinbarung im Einzelfall wird über die zunächst bloß faktische Übung gleichgelagerter Vereinbarungen zur Vorstellung einer verbindlichen generellen Norm gelangt, also ein induktiver Prozeß angenommen, dessen Ziel die im durch den nämlichen Prozeß hervorgebrachten ›Rechtskreis‹ allseits geltende abstrakte Rechtsnorm ist. Diese steht ihrerseits dann wieder der subsumtiven Anwendung offen. In diesem Prozeß ist anfangs die individuelle vertragsmäßige Rechtssetzung einer *lex inter partes* alleinige und ausschließliche Rechtsquelle; diese wird gleichsam auf eine *tabula rasa* gesetzt, denn es existiert keine die vertragsbildenden Willen in irgendeiner Weise normativ bindende Schranke und kein den Vorgang einrahmender übergeordneter Rechtskreis. Wie aber ein Transformationsprozeß hin zur übergeordneten objektiven Geltung mit den husserlschen Prämissen der Rechtsgeltung durch privatautonome Setzung – und nur durch diese – in Einklang gebracht werden könne, bleibt unklar. Husserl macht sich einen Gewohnheitsrechts-Schematismus zu eigen, indem er dem »duldenden Mitansehen und dem faktischen Mithandeln«[315] normative Kraft *quasi* als sich selbst verstehende anthropologische Invariante zumißt – was aber nicht recht zu einer Geltungstheorie, die auf expliziter Willenskundgebung ruht, passen will[316]. Die unverzichtbaren Unterwerfungsakte bleiben nämlich dabei not-

---

312 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 875.

313 »Konkret (individuell) geltendes Recht hat nicht notwendig die Geltung abstrakter Rechtsnormen in einem größeren Rechtskreise zur Voraussetzung.« G. Husserl, a.a.O. S. 30.

314 A.a.O.

315 A.a.O. S. 72.

316 Die Einsicht, daß es auf dem Boden seiner Prämissen keinen rechtlichen Raum für unscharfe Geltungsformen wie der einer gewohnheitsrechtlichen Geltung *in statu nascendi* geben kann, spricht er selbst aus: »Entweder die consuetudo ist bereits zur *Rechtsgeltung* erstarkt. Dann ist sie abstrakte Norm und die Gemeinschaft, für die sie gilt, eine Rechtsgemeinschaft. [...] Ermangelt jedoch die consuetudo der abstrakten Rechtsgeltung, so bedarf es in jedem Falle der parteilichen Rechtssetzung notwendig der originären Rechtsgestaltung, da es an zu konkretisierenden *Rechts*normen einer Gesamtrechtsgemeinschaft fehlt.« A.a.O. S. 37.

wendig unbewußt (sonst wäre es keine Gewohnheitsrechtsbildung, sondern schlicht Rechtsetzung), ebenso wie die »willentliche Erhebung« des »vorrechtlichen Stoffes mit sozialem Gedankengehalte« zur »normativen Wirklichkeit, zum Rechte«, d.h. die seinsmäßige Transformation der ›Geltung‹. Nicht auszumachen bleibt auch, was bei dieser Art Normgenese Rechtsnormen im engeren Sinn von beliebigen anderen gewohnheitsmäßigen Sozialnormen unterscheiden läßt. Husserls Theorie erklärt diesen Transformationsprozeß nicht, sondern setzt ihn vielmehr voraus. Aber selbst wenn es gelänge, die Vereinbarkeit seines rechtserzeugenden Individualwillenskonzepts mit dem Phänomen gewohnheitlicher Rechtsakzeptanz glaubhaft zu machen, wäre das Ergebnis nur eine Spielart bekannter Gewohnheitsrechtstheorien, die, wie diese, viel zu sehr am abstrakten Normparadigma des Schriftrechts klebte und alle Gespenster, von denen die Rechtshistorie sich mit dem Begriff der Rechtsgewohnheiten abzugrenzen versucht, wieder lebendig werden ließe. Diesen Exkurs zusammenfassend läßt sich sagen, daß weder die eine noch die andere Variante der Rechtskonkretisierung i.S.v. Gerhart Husserl eine brauchbare Basis abgibt, um Rechtsgewohnheiten zu beschreiben.

Weitzel knüpft mehrfach an das *lex-inter-partes*-Konzept an[317] und sieht zumindest Teilsphären mittelalterlicher Ordnung von diesem Prinzip beherrscht, denn es gäbe »Lebensbereiche, die allein vom konstanten Brauch rechtsgeschäftl.[icher] Regelung gesteuert werden«. Dort werde »die gedankl.[iche] Alternative des sonst geltenden Rechts […] neben solcher rechtsgestaltender Vertragspraxis nicht sichtbar«[318]. Zwar wird der Monismus Husserls, bilaterale Unterwerfung sei die einzige Entstehungsform des Rechts, weil nur für Teilbereiche maßgebend, deutlich gemildert, dennoch wendet er sich wiederholt gegen die Vorstellung, »es bestünden in Konfliktsituationen irgendwelche die Parteien außerhalb der gerichtlichen Entscheidung verpflichtenden, also abstrakten Normen (fort)«[319]. In einer jüngeren Arbeit

317 Z.B. in J. Weitzel – Gewohnheitsrecht und fränkisch-deutsches Gerichtsverfahren, S. 72; dort allerdings nicht auf Rechtsentstehung schlechthin bezogen, sondern es wird das Urteilserfüllungsgelöbnis als »eine zweiseitige Norm, eine *lex contractus*« bezeichnet. Vgl. ders. – Artikel ›Deutsches Recht‹ *(Lexikon des Mittelalters),* Sp. 780; ders. – Dinggenossenschaft und Recht, S. 1345 ff.; ders. – Schriftlichkeit und Recht, S. 613, 617; ders. – ›Relatives Recht‹ und ›unvollkommene Rechtsgeltung‹ im westlichen Mittelalter, S. 54.

318 J. Weitzel – Artikel ›Deutsches Recht‹ *(Lexikon des Mittelalters),* Sp. 780.

319 J. Weitzel – Gewohnheitsrecht und fränkisch-deutsches Gerichtsverfahren, S. 79. Man wird hier spontan einwenden dürfen, daß – unabhängig davon, ob gestritten wird oder nicht – allgemeine Rechtsüberzeugungen dahingehend bestanden haben müssen, *was* in Grundzügen überhaupt ein ›Vertrag‹ i.S. dieser ›rechtsgestaltenden Vertragspraxis‹ sei. Ein gewisses Minimum an gemeinsamem normativem Rahmen muß vorausgesetzt werden, damit überhaupt ein in sich schon recht komplexes Rechts-

wird der angesprochene Komplex von WEITZEL näher präzisiert und ausdrücklich ein Nebeneinander von rechtsgestaltender Vertragspraxis und »*bereits existenter Rechtsgewohnheit*« anerkannt, wobei letztere gerade »das Verhältnis von Prozess und Recht«[320] betrifft. WEITZEL macht sich also HUSSERLS Begründungsprinzip partiell zu eigen und scheint – insofern die Rechtsgewohnheit vom Prozeß nicht zu trennen ist – die Existenz umfassender auch abseits der Gerichts wirksamer Rechtsgewohnheit[321] zu negieren. Konkretes Recht wäre also entweder bilateraler Vertrag, »rechtsgestaltende Vertragspraxis (= Autonomie)«[322], oder prozessual hergestellter Konsens, wobei es bezeichnend ist, daß mit der vorgenommenen Identifikation »Herkommen (= Prozess)«[323] für ein rechtsbegründendes Herkommen (Rechtsgewohnheit) abseits des Dings kein Raum bleibt.[324]

In WEITZELS Rechtsbegriff spielt im Zusammenhang mit der Wortkombination ›konkreter Konsens‹ jedenfalls das *konsensuale* Moment im Verhältnis zum *konkretisierenden* den weitaus gewichtigeren Part. Erkennt man hinter dem Terminus ›Konsens‹ die stark willensbasierte Rechtsgeltungsvorstellung HUSSERLS wieder, so folgt er diesem Theoretiker auch in dieser wesentlichen Facette seines Rechtsbegriffs: Das Recht »gründet im gegenwärtigen Konsens, nicht in anhaltender widerspruchsfreier Rechtsübung«[325]. Rechtstheoretisch betrachtet treten Geltungsgrund (Konsens) und

---

instrument wie der ›Vertrag‹ zur Verfügung stehen kann. Ganz anderer Ansicht Gerhart Husserl (a.a.O. S. 39), der in einem signifikanten Beispiel zwei einander in der Wüste begegnende Unbekannte (die dabei möglicherweise ganz unterschiedlichen Kulturkreisen entstammen) im Moment des Tausches von Wassermelonen und Fleisch einen Tauschvertrag mit allen Pflichten und Nebenpflichten (offenbar hart am BGB-Niveau um 1920) schließen läßt, ohne daß diese über ein gemeinsames Rechtsverständnis verfügen oder ein solches rudimentär vereinbaren müßten. Ein Dissens wegen rechtskultureller Inkompatibilität kommt nicht in Betracht.

320 J. Weitzel – ›Relatives Recht‹ und ›unvollkommene Rechtsgeltung‹ im westlichen Mittelalter, S. 54.

321 »Ich gehe also, rechtsgestaltende Vertragspraxis durchaus anerkennend, davon aus, dass es – auch im frühen – deutschen Mittelalter Bereiche gab, die von Rechtsgewohnheit(en) geprägt waren.« A.a.O. Einem Begriff von ›Primär-Verrechtlichung‹, der nach dem Muster von Ordnung und Konflikt umfassender konzipiert wäre, steht Weitzel kritisch gegenüber; vgl. ders. – Versuch über Normstrukturen und Rechtsbewußtsein im mittelalterlichen Okzident (450–1100), S. 375 f.

322 J. Weitzel – ›Relatives Recht‹ und ›unvollkommene Rechtsgeltung‹ im westlichen Mittelalter, S. 54.

323 A.a.O.

324 Das dürfte aber möglicherweise zu eng interpretiert sein, denn eine ein wenig später anzutreffende Charakterisierung der Rechtsgewohnheiten läßt diese auf zwei Beinen stehen, einem prozessualen und einem außerprozessualen: »Die schriftlosen und herrschaftsfernen Rechtsgewohnheiten gelten […] nur konkret-konsensual, als stillschweigend konsentierte Gewohnheit oder als (erneut) im Gericht zwangsweise hergestellter Konsens.« A.a.O. S. 59.

325 J. Weitzel – Artikel ›Deutsches Recht‹ *(Lexikon des Mittelalters),* Sp. 779. »Das fränkisch-deutsche recht lebt und gilt nur im Konsens der Genossen.« Ders. – Dinggenossenschaft und Recht, S. 1346; ähn-

Erkenntnisform (Übung) hier auseinander[326]: der gegenwärtige und fortdauernde Konsens erzeugt die Geltung, und die unwidersprochene Übung macht sie sichtbar[327]. An den Begriff ›Konsens‹ dürfe man dabei keine allzu hohen Anforderungen stellen, es gelte hier durchaus das Prinzip ›*qui tacet, consentire videtur*‹[328].

Korrespondiert der Konsens dem Recht, so umgekehrt der Dissens nicht – wie man vielleicht erwarten dürfte – dem Streit/Kampf ums Recht, sondern dessen Aufhebung, oder in WEITZELS theatralischerer Formulierung: dem ›*Zerbrechen*‹ des Rechts: »Im Streitfalle zerbricht das Recht«[329] bzw. »zerbricht der Konsens über das Recht, so zerbricht das Recht selbst«[330]. Die entfaltete Zerbrechens-Rhetorik scheint dabei einmal mehr von GERHART HUSSERL inspiriert, dessen agonal konzipierte Rechtsgeltungstheorie die Figur eines ›Zerbrechens der Seinsform des Rechts‹ kennt[331]. Allerdings bestehen charakteristische Unterschiede zu WEITZELS Gebrauch des Begriffs: (1) Das Zerbrechen ist bei HUSSERL partiell und nicht total, d.h. an die Stelle der primären Vertragsnorm tritt die sekundäre Norm, die Sanktion[332], wohingegen bei WEITZEL das Rechtsverhältnis *inter partes* im Dissensfall restlos zusammenbricht; (2) betont HUSSERL ein kontrafaktisches Moment in der ›Rechtgeltung‹, daß nämlich eine Partei Recht, dem es sich ausdrücklich unterworfen

---

lich ders. – Schriftlichkeit und Recht, S. 613, 617. Auch Einung (Willkür), Privileg und gestaltende Vertragspraxis sind vom Konsens getragen; vgl. ders. – Gewohnheitsrecht und fränkisch-deutsches Gerichtsverfahren, S. 76.

326 »Die Übung als solche ist nicht Geltungsgrund des Rechts, sondern nur seine Erkenntnisform. Das Recht gründet im gegenwärtigen Konsens der ständischen Gruppe, um deren Angelegenheiten es geht, also der Rechtsgenossen.« J. Weitzel – Die Konstituierung der Gemeinde aus der Rechtstheorie, S. 166. Interessanterweise fehlt jeder Bezug auf den ›Konsens‹ in ders. – Der Grund des Rechts in Gewohnheit und Herkommen, obwohl dort ausführlich der Geltungsgrund ›Gewohnheit‹ diskutiert wird.

327 Diese Unterscheidung nicht treffend spricht Weitzel dagegen an anderer Stelle (ders. – Der Grund des Rechts in Gewohnheit und Herkommen, S. 137) unmittelbar von der Gewohnheit als Geltungsgrund.

328 J. Weitzel – ›Relatives Recht‹ und ›unvollkommene Rechtsgeltung‹ im westlichen Mittelalter, S. 59.

329 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 1345.

330 J. Weitzel – Artikel ›Deutsches Recht‹ *(Lexikon des Mittelalters),* Sp. 779. Siehe auch ders. – Gewohnheitsrecht und fränkisch-deutsches Gerichtsverfahren, S. 75.

331 »Der Gegner bekämpft den prozessualen Angriff abwehrend […], indem er dessen prätendierte Rechtsgeltung seinerseits als eine intersubjektiv nicht behauptungsfähige, bloße Scheinrechtsgeltung aufzuweisen unternimmt. […] Verneint der Richter die vom Kläger geltend gemachte Rechtsfolge zu dessen Ungunsten entscheidend, so zerbricht er das vom Prätendenten versuchsweise geformte Recht inter partes, indem er die beanspruchte Rechtsgeltung als scheinbare deklariert […]« G. Husserl – Rechtskraft und Rechtsgeltung, S. 24.

332 A.a.O. S. 165. Diskutiert wird das ›Zerbrechen des Rechts‹ im Zusammenhang mit der Figur des ›reduzierten Geltungswertes‹, in welchem Falle das Recht ›brüchig‹ werde (a.a.O. S. 162).

habe, später – auch bei nunmehrigem Willen, es nicht mehr anerkennen zu wollen – gegen sich gelten lassen müsse[333], was WEITZEL in Bezug auf das mittelalterliche mit explizitem Hinweis auf HUSSERLS Gegenposition bestreitet[334] – das Recht steht und fällt damit, daß der Konsens zwischen den Parteien aufrechterhalten bleibt, oder umgekehrt formuliert: »Existenz und/oder Inhalt schriftlosen Profanrechts können mithin jederzeit von einer Partei existentiell in Frage gestellt werden«[335].

Deshalb die auffallende Betonung der steten *Gegenwart* des Konsenses und die viel drastischere Konsequenz bei WEITZEL: »Zerbricht ein bestehender Konsens, so zerbricht das Recht. Es wird im Konflikt nicht nur von einer Seite, so wie wir es heute sehen – gebrochen, sondern es ist zerbrochen, weil das genossenschaftliche Überzeugungsrecht keine Autorität außerhalb des Rechtskonsenses kennt«[336]. Der Konsens ist wesentlich der der betroffenen Parteien, nicht der Mehrheit der Rechtsgenossen, denn WEITZEL negiert *expressis verbis*, daß der Auffassung der übrigen, nicht am konkreten Streit Beteiligten, irgend etwas zähle – ihre Autorität üben sie im Ding und nur dort aus: »Ist der Konsens (zwischen den Parteien) zerbrochen, so mag es wohl eine einheitliche Rechtsüberzeugung der Mehrheit oder aller außer einem geben. Gleichwohl ist hinsichtlich des konkreten Streitpunktes das Recht dahin. […] Entgegenstehende Rechtsmeinungen sind außerhalb des gerichtlichen Verfahrens nur Meinungen«[337]. Daß es WEITZEL so sehr auf den Konsens der Parteien ankommt, nicht auf den der Rechtsgemeinschaft als ganzer, ist direkte Folge der Anknüpfung an HUSSERLS bilateraler Geltungstheorie des Rechts. Die ganze Rechtsgewohnheit reduziert sich damit auf die paradoxe Form, daß es zwar objektives Recht gibt, aber nicht außerhalb des Gerichts – dort sind das nur rechtlich irrelevante Meinungen[338].

Zweifel an der Bedeutung und Brauchbarkeit des um Konsens und Zerbrechen konstruierten Rechtsbegriffs äußern KARIN NEHLSEN-V. STRYK[339] bzw. WOLF-

333 »Ist das Recht einmal zur Entstehung gekommen und Rechts*realität* geworden, so besteht diese – die Rechtsgeltung – gerade darin, daß das Recht unabhängig von der ferneren Stellungnahme der Rechtsgenossen besteht und sich auch deren ausdrücklicher Willensauflehnung gegenüber behauptet.« A.a.O. S. 7.

334 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 1347 FN 26.

335 J. Weitzel – ›Relatives Recht‹ und ›unvollkommene Rechtsgeltung‹ im westlichen Mittelalter, S. 59.

336 J. Weitzel – Gewohnheitsrecht und fränkisch-deutsches Gerichtsverfahren, S. 75.

337 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 1347.

338 Damit ist natürlich immer noch ein Unterschied zur Position Kroeschells gegeben, es gäbe nur Verfahrensnormen und gar kein materielles Recht.

339 »So einleuchtend die Metapher vom Zerbrechen des Rechts im Streitfall zunächst klingt, so läßt sie doch vielen Zweifeln Raum. Versucht man, sie in konkrete, am Quellenmaterial überprüfbare For-

gang Sellert, wobei letzterem entgegengehalten werden muß, daß die vorgebrachte Kritik unterkomplex ist und an Kerngedanken der weitzelschen Position vorbeigeht[340]. Gegen die skizzierte Vorstellung seien jedoch aus einem rechtstheoretisch motivierten Betrachtungswinkel drei Einwände formuliert:

(1) erscheint die Trennung der Rechtsgenossen in einen gleichsam offiziellen Part im Gericht, wo ihre Rechtsüberzeugungen unmittelbar als Quelle und Erkenntnis für Recht genommen werden, und einen inoffiziellen, außerhalb des Gerichts, wo dieselben Rechtsüberzeugungen rechtlich irrelevant sind, für den erreichten Grad an Differenzierung zwischen ›privat‹ und ›öffentlich‹ zu strikt; das prioritäre Erkenntnisorgan ›Gericht‹ wird dadurch zum abseits der privatautonomen Rechtssetzung

schungspositionen zu übertragen, so muß man sich bereits fragen, ob diese Metapher lediglich ein Gegenbild zur Rechtsanwendungsvorstellung bezeichnen soll, oder ob – weitergehend – damit zum Ausdruck gebracht werden soll, daß materielles Recht, auch soweit es unbestritten oder in lokalen Rechtsquellen fixiert war, hinter den Eigengesetzlichkeiten des Verfahrens zurückzutreten hatte. Die Funktion des Bildes vom Zerbrechen des Rechts im Streitfall besteht offensichtlich darin, die im Spätmittelalter keineswegs mehr singulären Zeugnisse materiellrechtlichen Denkens […] mit der These von der Rechtsfindung durch Verfahren in Einklang zu bringen.« K. Nehlsen-v. Stryk – Zum ›Justizbegriff‹ der rechtshistorischen Germanistik, S. 218.

340 Sellert charakterisiert Weitzels Rechtsbegriff als ein »weder an ein Schriftrecht noch an Präzedenzentscheidungen gebundenes Fallrecht, […] ein ›von Fall zu Fall Recht‹, bei dem es ausschließlich auf die ›Überzeugung‹ seiner ›gegenwärtigen Richtigkeit‹ angekommen sei. Überspitzt könnte man von einem ›Tages- oder Gelegenheitsrecht‹ sprechen.« W. Sellert – Aufzeichnung des Rechts und Gesetz, S. 94 FN 155. Sellerts Vorwurf, es sei »kaum vorstellbar, daß die Gerichte in einer oralen Gesellschaft nicht an ihre eigenen Entscheidungen gebunden fühlten [… bzw.], daß ein Gericht von zwei gleich gelagerten Rechtsfällen den einen gestern so und den anderen tags darauf entgegengesetzt entschieden […] hätte« (a.a.O.), geht insofern an Weitzels Position vorbei, als dieser mit seiner Unterscheidung von *Geltungsgrund* (Konsens) und *Erkenntnisform* (Übung) eine Rechtspraxis beschreiben will, die weder formalisiertes Präjudizienrecht i.S.d. *case law* darstellt noch natürlich rechtsgrundlose Willkür: Der Konsens ist der Grund für die Kohärenz des Entscheidens in gleichgelagerten Fällen und nicht der formale Aspekt des ›so-schon-einmal-entschieden-Habens‹ des Gerichts; der Konsens konstituiert das Recht, nicht gleichgelagerte Übung und auch nicht gleichgelagertes Entscheiden als solches. Auch bestreitet Weitzel nicht – wie Sellert ihm unterstellt – das Vorhandensein »objektivierbare[r] Strukturen« im Recht, nur identifiziert er den Ort dieser Objektivierung mit dem Verfahren im Gericht, ein prozeduraler Zugang, der für orale Kulturen vielversprechend scheint. Weiters ist Weitzels Rechtsbegriff – wie im übrigen jeder, der ernsthaft an Wilhelm Ebel anknüpft – keineswegs, wie Sellert schreibt, eindimensional, sondern von einer durch erhebliche Binnenkomplexität gekennzeichneten Mehrdimensionalität. Vollends unverständlich gerät der Vorwurf, Weitzel entwickle ein Modell »einer uns durch Überlieferung nicht erschließbaren ›vorgermanischen‹ Zeit, deren überwiegend sakral bestimmte Gesellschaft in jeder Rechtsverletzung eine ›Entordnung‹ der von den Göttern beherrschten Welt sah, die durch ›Sühne‹ und ›Opfer‹ wieder ins Gleichgewicht gebracht werden mußte« (a.a.O.).

ausschließlichen Verfügungsorgan über Recht stilisiert[341] – Recht in der tagtäglichen Lebenswelt gerät zur schattenhaften ›Außenwirkung‹ des Gerichts. Es muß aber ein und dieselbe gemeinsame Rechtsüberzeugung sein, die in einer Welt oralen Überzeugungsrechts außerhalb des Gerichts rechtskonformes Handeln ermöglicht, umgekehrt ein Kriterium für unrechtmäßiges Handeln bietet und im Gericht die Substanz der artikulierten konkreten Rechtslage darstellt. Das Gericht bildet in diesem Kontinuum der Rechtsgewohnheiten gleichsam Knotenpunkte, sowohl zeitlich als auch thematisch durch die im Prozeß notwendig erfolgte Konkretisierung. Eine thematische Konkretisierung liegt aber auch in jedem Rechtsstreit als solchem, unabhängig davon, ob er vor Gericht verhandelt wird oder nicht. Der Streit gehört wesentlich zum Recht, ebenso die jederzeit mögliche Beurteilung einer Handlung, einer Lage oder einer Absicht als *rechtmäßig* oder *unrechtmäßig*. Der zugrundeliegende Code lautet Recht/Unrecht und nicht Konsens/Dissens i.S.v. einer Scheidung in einvernehmliche Rechtsauffassung *versus* gar kein Recht. Das Urteil ›dies ist Unrecht‹ setzt den Bezugspunkt auf ein objektiv jenseits der Streitparteien zumindest ideell vorhandenes Recht notwendig voraus, denn es zielt auf die Anrufung der Autorität des Rechts und damit letztlich der von Gott selbst verfügten Ordnung, und das selbst dann, wenn beide Parteien sich auf der Seite des Rechts wähnen und dies mit Einsatz von Gewalt auch nachhaltig behaupten.

In Weitzels Konzeption scheinen *Geltungsgrund* und *Erkenntnisform* des Rechts zu wenig auseinandergehalten: eines ist der *Konsens über das Recht* anläßlich seiner Entstehung (das, was z.B. beim und durch den Vertragsschluß oder in einer Satzung gelten soll) und ein anderes der *Konsens über die Auslegung*, was bestehendes Recht sei. Die zweite Form des Konsenses darf mit der ersten nicht verwechselt werden, wenn auch für orale Rechtskulturen ein gewisses Ineinanderfließen charakteristisch sein dürfte. Ein Dissens in der Auffassung, was rechtens sei, mag zu einem objektiven Rechtsbruch führen, führt aber nicht *per se* zur Aufhebung des Rechts. Die Kompetenz der Rechtsgenossen, darüber zu befinden, was rechtens sei – prozessual formalisiert wie außerprozessual informell –, kann dabei unbestritten bleiben, es gibt tatsächlich keine andere oder höhere Autorität hinsichtlich der Erkenntnis des Rechts, sie macht jedoch überhaupt nur Sinn, wenn dem Recht das angesprochene kontrafaktische Moment verbleibt, es also ›gebrochen‹ werden kann.

---

341 In diesem Sinne eines vielleicht allzu dominanten ›Gerichts‹-Begriffes auch die Kritik von Karin Nehlsen-v. Stryk: »Das Gericht, es ist in der weitzelschen Konzeption wahrhaftig zum ›nervus omnium rerum‹ geworden, zum Zentrum und Brennpunkt gesamtgesellschaftlicher genossenschaftlich-herrschaftlicher Strukturen.« Dies. – Zum ›Justizbegriff‹ der rechtshistorischen Germanistik, S. 219.

(2) Das Problem hinter der WEITZELschen Zerbrechens-Vorstellung ist nicht das eines »unausgesprochen vorausgesetzten harmonie-bestimmten Gesellschaftsmodells«[342], sondern der ›Unbegriff‹ von Recht, der daraus folgt: ein Recht, das, zu Ende gedacht, so filigran ist, daß es überhaupt keine handlungsleitende Funktion mehr übernehmen kann. Freilich ist ein Zerbrechen des Rechts denkbar, aber dies nicht schon in jedem individuellen Rechtszwist, sondern erst dann, wenn eine einhellige Rechtsmeinung der ›übrigen‹ Rechtsgenossen wegen der starken Polarisierung, die den Fall in die Dimension des Politischen[343] erhebt, nicht mehr ausgemacht werden kann: Im Bürgerkrieg zerbricht das Recht tatsächlich und mit ihm möglicherweise eine ganze Rechtsordnung, während eine neue geboren wird[344]. Ein Rechtsbegriff, der die Orientierung an Gewalt und auftretendem Dissens nicht von sich weist, wird zu verstehen sein als selbständiges Motiv und Gewicht im Kräfteparallelogramm, das den Entscheidungen und Handlungen der Individuen und Gruppen zugrunde liegt. Es ist leichter, einem Verwandten oder Freund beizustehen, wenn man diesen und sich im Recht weiß, als wenn permanent wider besseres Wissen die Behauptung der Rechtmäßigkeit seiner Position aufrechterhalten werden muß. Es mag also ohne weiteres eine außerrechtliche Pflicht zum Beistand letztlich ausschlaggebend sein, ganz ohne Gewicht und Bedeutung ist die konkrete Verteilung von Recht und Unrecht deshalb keineswegs. Es ist darum auch das von HUSSERL angeführte Kriterium durchaus nicht unbrauchbar: »Als Kriterium dafür, ob Geltung einer Norm im Rechtssinne besteht oder nicht besteht, ist anzusehen: Wird die einseitige Lossagung eines normbeteiligten Rechtsgenossen als Normbruch gewertet oder nicht«[345].

(3) Der dritte Einwand liegt darin, daß ein gewisser rechtlicher Rahmen auch im Konfliktfall, selbst in der Fehde, weiterbesteht, ganz abgesehen von den oben schon angesprochenen Überzeugungen betreffend die rechtlichen Grundformen. Diese Überzeugungen – was ein Dieb ist, welche Formen von Verfügungsgewalt über Sachen es grundsätzlich gibt, wie Verträge zustande kommen etc. – mögen vorübergehend in der Feindschaft ›inaktiviert‹ sein, gänzlich gehen sie nicht unter und müssen nach Beendigung der Feindschaft (innerhalb oder außerhalb des Gerichts) nicht von Grund auf zwischen den Parteien neu erfunden werden. Diese Formen

342 H. Vollrath – Fürstenurteile im staufisch-welfischen Konflikt von 1138 bis zum Privilegium Minus, S. 39 FN 1.

343 Vgl. C. Schmitt – Der Begriff des Politischen.

344 Als mittelalterliches Beispiel könnte hier der Investiturstreit herhalten, konkreter der Konflikt des Königs mit den Sachsen, der eine Dimension und Grundsätzlichkeit angenommen hat, die sich nicht mehr mit den Begriffen Recht und Unrecht bewältigen lassen.

345 G. Husserl – Rechtskraft und Rechtsgeltung, S. 164.

sind der eigentliche Ort der Rechtsgewohnheiten, und für das Verständnis von deren Entstehen, Wandel und Vergehen ist mit der zugespitzten Deutung des Rechtsgeltungsmodells Husserls durch Weitzel nichts gewonnen.

Ad (5) (notwendige Modifikation der Begriffe *Norm* und *Geltung*)
An verschiedenen Stellen seiner Arbeiten äußert Jürgen Weitzel Zweifel an der Brauchbarkeit und Angemessenheit des modernen Rechtsbegriffes für mittelalterliche Verhältnisse. So finde sich ein Äquivalent für moderne Subsumtionstechnik[346], weil es im strengen Sinn »in der schriftlosen Rechtskultur des fränkisch-deutschen Mittelalters im Gericht nichts ›anzuwenden‹«[347] gäbe, ebensowenig wie »Rechtssystem und Rechtsordnung im heutigen Verständnis«[348]. Zweifel werden auch hinsichtlich des Begriffs der ›Geltung‹ selbst laut: »Man wird jedenfalls fragen müssen, ob der Begriff der ›Rechtsgeltung‹ im frühen, dem sogenannten Ersten Mittelalter auf das profane Recht – insbesondere nördlich der Alpen – überhaupt sinnvoll ist«[349]. Das ist eine bemerkenswert grundsätzliche, aber auch eher isoliert bleibende Bemerkung. Was von diesen gelegentlichen Zweifeln ganz unberührt bleibt, ist der Begriff der ›Norm‹ selbst. Im strikten Sinn beim Recht zu bleiben und nicht auf das soziologisch bzw. ethnologisch dominierte Terrain von ›Ordnung und Konflikt‹ überzuwechseln ist bei Weitzel gleichbedeutend damit, beim Normbegriff zu bleiben und allenfalls an dessen Struktur die notwendigen Modifikationen für das Mittelalter vorzunehmen[350] und ebenso am Geltungsbegriff im juristischen Sinn einer ›Sollgeltung‹ festzuhalten, ihn ebenfalls modifizierend in Richtung einer »schwächeren und andersartigen Geltungsstruktur«[351] umzubauen; an den Begriffen selbst führt, weil das spezifisch Juristische an der rechthistorischen Disziplin sonst in Gefahr geriete, kein Weg vorbei, lautet die Konklusion: »So scheint es mir erforderlich, die Problematik jenseits aller historischen Rechtssoziologie in einer Begrifflichkeit der ›Geltung‹ von Recht aufzuarbeiten«[352]. Im Aufsatz *›Relatives Recht‹ und ›unvollkommene Rechtsgeltung‹ im west-*

346 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 875.

347 A.a.O. S. 1345 f. »Schriftloses Recht kann nicht ›angewandt‹ werden.« Ders. – Schriftlichkeit und Recht, S. 617.

348 J. Weitzel – Gewohnheitsrecht und fränkisch-deutsches Gerichtsverfahren, S. 78.

349 J. Weitzel – Der Grund des Rechts in Gewohnheit und Herkommen, S. 141. Vgl. auch ders. – Strafe und Strafverfahren in der Merowingerzeit, S. 77: »Vielleicht war Rechtsgeltung als eine auf Schriftrecht bezogene Kategorie gar nicht allgemein vermittelbar.«

350 Es geht um die »Ausformulierung einer für das Mittelalter geeigneten Normstruktur«, J. Weitzel – ›Relatives Recht‹ und ›unvollkommene Rechtsgeltung‹ im westlichen Mittelalter, S. 44.

351 J. Weitzel – Gewohnheitsrecht und fränkisch-deutsches Gerichtsverfahren, S. 76.

352 A.a.O. S. 77.

*lichen Mittelalter* aus dem Jahr 2000 wird dieser Umbau in Angriff genommen und ausdrücklich der frühere Vorbehalt als »überzogen«[353] zurückgenommen. Die neuen Begriffe sind das ›relative Recht‹ und die ›unvollkommene Rechtsgeltung‹, Begriffe, die zunächst aus einer Analyse des Geltungsbegriffs gewonnen werden als Gegenpol, »von dem her unser vom gegenwärtigen Rechtsbegriff geprägtes Vorverständnis aufgebrochen werden soll«[354]. Dabei bleibt er *ex negativo* diesem Vorverständnis gleichwohl verpflichtet, wenn er die ›vollkommene Rechtsgeltung‹ der Norm des modernen staatlichen Rechts und damit zugleich das Paradigma ›Schriftrecht‹ als jenen Maßstab beibehält, im Vergleich zu dem das mittelalterliche oral geprägte Recht eben nur ›unvollkommen‹ gilt, wobei noch hinzuzufügen ist, daß das präsentierte Bild der Normkollision, wonach »Normhierarchien klar[stellen], welches von mehreren Rechten, die denselben Gegenstand regeln, die Oberhand behält, so dass sich die Normen nicht gegenseitig ins Gehege kommen«[355], ein wenig gar zu simpel geraten ist. Der Unterschied, auf den es ankommt, könnte dennoch darin gesehen werden, daß ein zum System gesteigertes Recht, wie das moderne, Kollisionsnormen innersystematisch regeln kann (und muß), während die typisch mittelalterliche Situation es mit Normen verschiedenster denkbarer Herkunft zu tun hat, die miteinander einen »Normenkampf«[356] ausfechten, der gerade nicht durch ein vereinheitlichendes System gelöst und entschärft wird. Das mittelalterliche Recht wäre demnach gerade nicht als positives Normensystem auf der Basis *einer* vereinheitlichenden Grundnorm zu beschreiben, sondern zerfiele in eine Vielheit an konkurrierenden normativen Ansprüchen, die jeweils als relatives Recht sich zu behaupten trachteten und darum, weil ein Äquivalent zum staatlichen Rechtssetzungsmonopol nicht existiert, über unvollkommene Geltung nicht hinauskämen.

Weitzel gibt jedoch eine weitergehende, diesen Aspekt wohl auch einschließende Begriffsbestimmung von ›relativem Recht‹: »Zum einen geht es um die Entstehensbedingungen von Recht, also um die entwicklungsbezogene Unterscheidung von Recht und Noch-Nichtrecht, von Recht und ›Ordnung‹, von rechtlicher und nichtrechtlicher Gewohnheit […] Soweit dann die Norm beides ist, Sitte *und* Recht, Religion und Recht, könnte man von ›relativem‹ Recht sprechen«[357]. Daneben wird

353 »Ich selbst habe – überzogen, wie ich heute sehe – die Tauglichkeit von Überlegungen zur Rechtsgeltung für das frühere Mittelalter generell in Frage gestellt.« J. Weitzel – ›Relatives Recht‹ und ›unvollkommene Rechtsgeltung‹ im westlichen Mittelalter, S. 47.

354 A.a.O. S. 44.

355 A.a.O.

356 A.a.O. S. 49.

357 A.a.O. S. 44.

mit ›relativem Recht‹ ein zweiter Problembereich, der »einer unvollkommenen oder reduzierten Geltungsstruktur unstreitig in die Existenz getretenen Rechts«[358], angesprochen. Der Maßstab ist hier die ›juristische Geltung‹, definiert als »Soll-Geltung« von Normen, die »als Verbindlichkeit einer Verhaltensanforderung zu unterscheiden [ist] von faktischer Geltung oder Effizienz und von der moralischen Anerkennung, die Rechtsnormen erfahren«[359]. Diese Definition einer an moderner Staatlichkeit orientierten Rechtsgeltung erkennt Weitzel als für das Mittelalter nicht brauchbar: »Im Mittelalter kann es ›Rechtsgeltung‹ in diesem engen, auf den Staat und seine normativen Vorgaben für Gesetzgebung und Rechtsgeltung abstellenden Sinn nicht geben«[360]. Der mit den Bedingungen moderner Staatlichkeit verbundene »allgemeine, einheitliche und absolute Geltungsanspruch« heischt nach einem adäquaten Gegenstück für »vorstaatliches und ungeschriebenes Recht« unter den ganz anders gearteten Randbedingungen »anarchisch-urwüchsig konkurrierender Herrschaftsträger, Rechtsbildungsvorgänge und Normenkomplexe«[361].

Es ist nicht leicht, das in den beiden von Weitzel angesprochenen Problembereichen gemeinsame ›Relative‹ auszumachen. Vielmehr scheinen zwei ganz unterschiedliche Bedeutungen vorzuliegen: einmal *relativ* ($r_1$) i.S.v. relativ zueinander, insofern nämlich Rechtssetzung durch Parteien(willkür) immer nur Recht relativ zu diesen Parteien zu erzeugen vermag, das dann über die gleichgerichtete Praxis in jenem »nicht leicht auf den Begriff zu bringen[den]« Übergang zur allseits verbindlichen Norm (Rechtsgewohnheit) erstarken soll. Der ursprünglich ganz allein rechtsbegründende Vertrag stellt eine normative Relation zwischen beiden Parteien her und hat für dritte zunächst – so nicht Dritten Rechts eingeräumt werden – keine rechtliche Bedeutung (wohl vielleicht eine faktische). Dem steht gegenüber die Bedeutung *relativ* ($r_2$) als der Gegensatz von relativ – absolut, bezogen auf den Maßstab positiven

358 A.a.O. S. 45. Da in der Rechtstheorie sehr oft ›Geltung‹ als die spezifische Existenzform des Rechts angesehen wird, stellt sich hier die Frage nach dem Verhältnis von Geltung und Existenz: Weitzel schwebt ein ›unstreitig in Existenz getretenes‹ Recht vor, das trotzdem nicht voll, sondern nur reduziert ›gelten‹ soll. Geltung und Existenz fallen also nicht unmittelbar zusammen, allenfalls Existenz und eine Form ›minimaler Geltung‹.

359 A.a.O. S. 46; die auf den ersten Blick so klare Abgrenzung erweist sich bei näherer Betrachtung als problematisch: prekär sowohl hinsichtlich der ›Effizienz‹, die z.B. in der Grundnormtheorie Kelsens oder der Rechtstheorie Harts i. S. eines Wirksamkeitserfordernisses der Rechtsordnung als ganzer sehr wohl ein intrinsisches Moment im Geltungsbegriff ausmacht, als auch hinsichtlich der ›moralischen Anerkennung‹, die typischerweise in Naturrechtstheorien nicht von der Geltung separierbar ist. Die Unterscheidung liefe auf einen weder rechtspositivistisch noch naturrechtlich fundierten Geltungsbegriff hinaus.

360 A.a.O.

361 A.a.O. S. 48.

staatlichen Schriftrechts; ›relativ‹ meint hier ›reduziert‹ bzw. ›abgeschwächt‹ und in Bezug auf die Geltung dieses relativen Rechts eben ›unvollkommen‹. In diesem Sinne wohl meint WEITZEL, schriftloses Recht »*kann* überhaupt nur – solange es nicht mit dem in Analogie zum Schriftrecht gedachten ›Gewohnheitsrecht‹ vermengt und verwechselt wird – eine unvollkommene Geltung entwickeln«[362]. Ist es aber zulässig, beide Bedeutungen von ›relativ‹ miteinander zu identifizieren ($r_1 = r_2$)[363]? Oder liegt in dieser Gleichsetzung die eigentlich tiefere Einsicht in die Funktionsweise mittelalterlichen Rechts?

Die Konsequenz aus der bemerkten begrifflichen Unzulänglichkeit moderner Rechtsbegriffe geht bei WEITZEL nie so weit, den Geltungsbegriff und mit ihm den Normbegriff gänzlich zu verabschieden und für die Rechtshistorie als bedenkliche Quelle von Irrtümern zu erkennen. Der Geltungsbegriff soll vielmehr in seiner Struktur modifiziert werden durch die »Denkfigur ›unvollkommene oder reduzierte Rechtsgeltung‹«[364]. Was erlaubt nun, oder zwingt gar, den Geltungsbegriff hier aufrecht zu erhalten? Warum wird der Begriff ›Staat‹ (zurecht) verworfen, der Komplex Norm/Geltung aber als unverzichtbar weiterverwendet? Hier liegt ein kategoriales Vorverständnis vor, das sich selbst gegenüber blind ist: Recht ohne Norm ist ihm nicht denkbar, wohl aber Sozialstruktur ohne Staat. Wo es gilt, eine Rechtsstruktur ohne Normbegriff zu beschreiben für eine Gesellschaft ›ohne Staat‹ und ohne effizientes Gewaltmonopol, begnügt sich WEITZEL mit der Modifikation der nach wie vor schriftbezogenen begrifflichen Instrumente: Es muß ein eigener Geltungsbegriff entwickelt werden, denn »die Kategorie ›Rechtsgeltung‹ [ist] als solche auch im Mittelalter unverzichtbar«[365]. Daß eine bloße Modifikation ausreichend ist, eine An-

---

362 A.a.O. S. 59.

363 Dagegen spricht z.B., daß Gerhart Husserl (von dem Weitzels Begriffsbildung ja letztlich herrührt) relatives Recht *inter partes* und relative (d.h. reduzierte) Geltung ausdrücklich auseinanderhält: »Der rechtsgeschäftliche Anspruch auf Leistung ist ein ›relatives‹ Recht insofern, als ihm die Willensgebundenheit dieses einen dem Vertragsrechtskreise angehörenden Rechtsgenossen zugeordnet ist. Die Relativität ist aber rechtsinhaltlicher, nicht formaler Natur, keine solche der *Geltung*. […] Ein Recht *besteht*, indem es *gilt*. Nun ist es aber nicht so, daß der vertragliche Anspruch (und überhaupt jedes ›relative‹ Recht, das einem speziellen Rechtskreise entspringt) nur intern […] Rechtsgültigkeit besitzt. Daß das relative Recht auch nach außen hin Rechtsgeltung hat, erhellt daraus, daß es […] zum Gegenstand einer Rechtsprätention im gerichtlichen Streitverfahren gemacht werden kann. Jeder dritte Rechtsgenosse, […] ist zufolge der externen Geltungskraft des gültig geschlossenen Vertrages verpflichtet, das relative vertragliche Verhältnis […] als Normwirklichkeit anzuerkennen. […] Insofern besteht kein Unterschied zwischen ›absoluten‹ und ›relativen‹ Rechten. Auch das Forderungsrecht hat ›eine absolute Seite‹.« G. Husserl – Rechtskraft und Rechtsgeltung, S. 155.

364 J. Weitzel – ›Relatives Recht‹ und ›unvollkommene Rechtsgeltung‹ im westlichen Mittelalter, S. 48.

365 A.a.O.

passung der Struktur, unterstellt, daß es ein gemeinsames Substrat gibt, das je nach Struktur so unterschiedlichen Rechtskulturen wie oraler und modernstaatlicher zu Grunde liegt, also eine Normstruktur A in Verbindung mit einer Geltungsstruktur G(A) für das ungelehrte Recht des Mittelalters, eine Normstruktur B mit assoziierter Geltungsstruktur G(B) für positiviertes staatliches Recht etc. Es gibt aber keine entwickelte Theorie für dieses normative Substrat, auch keine Überlegungen, wie es sich zu den sonst von ihm verwendeten Rechtsbegriff, insbesondere in der EBELschen Mehrdimensionalität, verhält.

WEITZEL bringt mehrere Beispiele zur Erläuterung und Typisierung der Denkfigur, darunter seine Deutung eines Ansatzes zum Normverständnis in nichtstaatlichen Gesellschaften von JÖRG RIEGEL[366], weiters die Auffassung von Bußsystemen als ›Vorschlag‹[367], nach der die Verbindlichkeit des Rechts erst durch hinzutretende Selbstunterwerfung hervorgerufen wird, und drittens die Figur des ›Normenkampfes‹, also der Konkurrenz zweier oder mehrerer Normentstehungskreise miteinander[368]. Die Kehrseite des Normenkampfes ist die »fehlende Regelungsexklusivität [...] als für das Mittelalter geradezu typischer Sachverhalt«[369]. Ist es hier das fehlende – zumindest wenn man den modernen Staat als Maßstab nimmt, fehlende – Rechtssetzungsmonopol, das mit der Figur der ›reduzierten Rechtsgeltung‹ auf den Begriff gebracht werden soll, so ist es beim ›Recht als Vorschlag‹ das gleicherweise fehlende Durchsetzungsmonopol dahingehend, »die compositio auf jeden Fall der Blutrache vorzuziehen«[370].

---

366 A.a.O. S. 49; bezieht sich auf J. Riegel – Ethnologie und Rechtsgeschichte; Weitzel gibt andernorts folgende Zusammenfassung: Ethnologische Untersuchungen (in Afrika) geben Zeugnis von »Normen, die in ihrer ›Wirkweise‹ vom verfolgten Streitziel und auch von den Beziehungen zwischen den Streitenden abhängig sind. Ist der Streitgegenstand beschränkt, klar oder mehr oder weniger alltäglich, ›so wirken die Normen unmittelbar‹, werden konsequent umgesetzt. Handelt es sich hingegen um Streitigkeiten von großem Gewicht und gesteigerter Komplexität, so werden die Normen durch die Spielräume des Verfahrens und die gesellschaftlichen und individuellen Zusammenhänge, in die der Streit eingebunden ist, in ihrer Wirksamkeit ausgeschlossen oder doch reduziert. Es handelt sich wohl um ein Modell relativer Normgeltung, auf das Recht umgesetzt um einen relativen Geltungsanspruch von Rechtsnormen.« J. Weitzel – Rezension zu ›K. Kroeschell, A. Cordes (Hrsg.), Funktion und Form‹, S. 536.

367 J. Weitzel – ›Relatives Recht‹ und ›unvollkommene Rechtsgeltung‹ im westlichen Mittelalter, S. 49; ders. – Der Grund des Rechts in Gewohnheit und Herkommen, S. 146 f.

368 Z. B. das »Verhältnis von Kompositionensystem und Bußleistung einerseits [und] Formen peinlichen Strafens andererseits«, J. Weitzel – ›Relatives Recht‹ und ›unvollkommene Rechtsgeltung‹ im westlichen Mittelalter, S. 50.

369 A.a.O. S. 51

370 A.a.O. S. 49.

Was uns an dieser Stelle interessiert, ist das rechtstheoretische Modell, auf das zurückgegriffen wird; interessanterweise kommt WEITZEL zu dem Ergebnis: »Eine ›relative‹ oder ›unvollkommene‹ Geltung von Recht ist der gegenwärtigen Normenlehre nicht bekannt«[371] (er wird jedoch – einmal mehr – im Rückgriff auf GERHART HUSSERL fündig). Das kann man in dieser Rigorosität so nicht stehen lassen, denn seit langem gibt es in der Rechtstheorie intensive Überlegungen dazu, ob neben dem Normtyp der strikt geltenden Regel auch Rechtsprinzipien (mit von Regeln abweichender Normstruktur) konstitutiv sind für Rechtssysteme[372]. Es geht in diesem Zusammenhang um eine Qualität der Graduierung bzw. Abstufbarkeit von Normen, die nun zwar zumeist nicht für die ›Geltung‹ i.e.S. angenommen wird, wohl aber für andere wesentliche Eigenschaften von Normen, wie z.B. die Erfüllbarkeit. Mitunter wird der strikten Geltung der Regeln eine bloße *prima-facie*-Geltung der Prinzipien gegenübergestellt, überwiegend aber hinsichtlich der ›Geltung‹ die Zweiwertigkeit (gilt/gilt nicht) beibehalten und die ›Relativität‹ des Rechts auf ein ›relatives Gewicht‹ bzw. einen relativen Vorrang dieser Normen bezogen. Entscheidend für die Differenzierung ist das Kollisionsverhalten: Zwei Regeln, die einander widersprechen, können nicht gleichzeitig gelten, zwei widersprechende Prinzipien (z.B. Redefreiheit *versus* Persönlichkeitsschutz) führen aber zu einem *konkreten* Abwägungsprozeß, in welchem ein relativer Vorrang des einen oder anderen argumentativ begründet werden kann. ROBERT ALEXY hat aus diesem Gedanken die Vorstellung entwickelt, Prinzipien seien (im Gegensatz zu Regeln mit ihrem ›*Alles oder Nichts*‹-Charakter) als Optimierungsgebote zu verstehen[373]. Jedem ›geltenden‹ Rechtsprinzip ist gemäß seinem Gewicht relativ zu anderen Rechtsprinzipien bestmöglich zum Durchbruch zu verhelfen. Wesentlich ist, daß, im Unterschied zur Regelkollision, das Ergebnis der Abwägung nicht restlos in *abstrakter* Weise vorwegnehmbar ist, die ›Relativität‹ also immer ein stark fallbezogenes Moment aufweist. Die Diskussion rund um das Verhältnis von Regeln und Prinzipien im Recht ist insgesamt weitläufig, komplex und ein wenig unübersichtlich. Ins Spiel der Rechtstheorie wurden die Prinzipien, nach einer langen positivistischen Prädominanz von Regelmodellen, durch die Einsicht gebracht, daß »Juristen, wenn sie Überlegungen oder Argumentationen über juristische Rechte und Verpflichtungen [...] anstellen, Maßstäbe gebrauchen, die nicht als Regeln fungieren«[374] bzw. anders formuliert, daß

371 A.a.O. S. 48.

372 Vgl. oben Abschnitt I, Kapitel 3, Unterkapitel *Einwände und Korrekturen*.

373 R. Alexy – Theorie der Grundrechte, S. 75 ff.; ders. – Zum Begriff des Rechtsprinzips, S. 202 ff.

374 R. Dworkin – Bürgerrechte ernstgenommen, S. 55; Dworkin versteht unter Prinzipien »die gesamte Menge derjenigen Maßstäbe [...] die keine Regeln sind«, a.a.O.

es rechtsrelevante Normen gibt, die »*nicht* die Form allgemein bedingter Normsätze auf[weisen]«[375].

Was spricht nun dagegen, die Möglichkeit zu untersuchen, ob nicht ganze Rechtskulturen primär auf Rechtsprinzipien in diesem Verständnis und nicht auf Rechtsregeln aufgebaut sein könnten. Die Rechtsregel könnte sich als spätes Produkt einer von der Logik der Schrift beherrschten Rechtssystematik erweisen, in der Rechtsprinzipien als das ältere normative Muster zwar überlebt haben, deren grundlegende Bedeutung es aber gewissermaßen erst wiederzuentdecken galt[376]. Regeln und Prinzipien sind Normen mit unterschiedlicher Normstruktur – aber das ist hier kein bloßes Schlagwort für ›Andersartigkeit‹, sondern ausführlich untersucht im unterschiedlichen Kollisionsverhalten. Daß es nicht gleichermaßen notwendig erschien, auch die Geltungsstruktur anzutasten, sei vielleicht an folgenden Überlegungen plausibel gemacht: für die juristische Soll-Geltung i.e.S. lassen sich im Verhältnis zu einer Norm zumindest vier Aspekte unterscheiden, die *Intensität*, der *Umfang*, die *Anwendbarkeit* und die *Erfüllbarkeit*. Erweitert man die Bedeutung von Geltung um diese teilweise komplementär zu verstehenden Aspekte, so ist es möglich, graduelle Momente von Normen einzufangen und dennoch die Schwierigkeiten, die eine nicht zweiwertige Geltungsintensität mit sich brächte, zu vermeiden[377]. Zwischenstufen zwischen striktem Gelten und Nichtgelten, wie z.B. ›gilt mehr oder weniger als …‹, ›gilt relativ zu …‹, ›gilt mit Einschränkungen‹ etc. erfordern nicht eine mehrwertige Rechtslogik, die ein ungewisses und weitgehend unerforschtes Gebiet darstellt, sondern können anders verstanden werden: als Beschränkung des sachlichen Geltungsumfanges (Regel-Ausnahme-Struktur) bzw. der persönlichen Geltungsreichweite (gilt für den Normadressaten A, aber nicht für B), als Graduierung der Erfüllbarkeit (typisch für Prinzipien im Gegensatz zur ›*Alles oder Nichts*‹-Struktur von Regeln) und nicht zuletzt als Abstufung in der Anwendbarkeit (die juristischen Stichworte seien hier ›Auslegung‹, ›Analogie‹, ›unbestimmter Gesetzesbegriff‹, ›Billigkeit‹ u.ä.)[378]. Regeln und Prinzipien wären hinsichtlich der Geltungs*intensität* gleich oder, wie Klaus Günther es formuliert, »sowohl Prinzipien als auch Regeln erheben einen Geltungsanspruch gleicher Art und sind begründungsbedürftig«, es

375 P. Koller – Theorie des Rechts, S. 91.

376 Vgl. G. Otte – Die Anwendung von Rechtsnormen mit und ohne Spielraum, S. 145 ff.

377 Insbesondere wären ein vollständiges normatives Äquivalent zu Zwischenstufen, die beim Wahrheitsbegriff, mit Hilfe der Wahrscheinlichkeitstheorie bewältigbar sind, nicht Aussagen zur Wahrscheinlichkeit der Geltung einer Norm, sondern echte abgestufte Geltungsintensitäten: was aber ›gilt mit einer Intensität von 50%‹ bedeuten soll, ist nicht leicht zu sagen.

378 Weitzel behandelt all das unter dem Aspekt ›unvollkommener‹ Geltung, J. Weitzel – ›Relatives Recht‹ und ›unvollkommene Rechtsgeltung‹ im westlichen Mittelalter, S. 59.

bestünde aber ein »normstrukturelle[r] Unterschied […] darin, daß Prinzipien als prima facie-Gebote den Charakter von Optimierungsgeboten haben«[379].

Die von der Rechtstheorie untersuchte Normstruktur trifft nun, weil das Erkenntnisinteresse auf andere Probleme gerichtet war, natürlich nicht die Fälle, die WEITZEL vor Augen hat, insbesondere handelt es sich beim ›Normenkampf‹ nicht um die Kollision von Normen innerhalb eines als Einheit verstandenen Rechtssystems, eher schon um ein Aufeinandertreffen von verschiedenen Rechtskreisen oder verschiedenen Grundkategorien des Rechtlichen. Dennoch scheint mir jene Art von Relativität oder Graduierbarkeit, die mit Prinzipien angesprochen ist, als Ansatz erweiterbar auf Fälle wie z.B. das Kompositionensystem. Der Katalog der Bußtaxen wäre sodann, obwohl »zugleich eine objektive Dimension des mittelalterlichen Rechts«[380], gar nicht oder nur vordergründig als Komplex von Rechtsregeln zu verstehen, sondern eingebettet in ein Rechtsprinzip etwa der Art: ›wer in Vergleichsverhandlungen eintritt, akzeptiere die überkommenen Maßstäbe für Ausgleichszahlungen, soweit nicht für andere gewichtige Gründe, die ein Abweichen rechtfertigen, Argumente vorliegen‹[381]. Das ist zweifellos eine Sollensvorschrift, aber eine, die – wiewohl ›absolut‹ geltend – im Verhältnis zu anderen Prinzipien, etwa dem persönlichen ›Rang‹, nur relatives Gewicht hätte. Auch hinsichtlich der historischen Entwicklung erscheint es nicht unplausibel, zwischen der Stufe der reinen Sühneverhandlungen und der entwickelter (schriftlicher) Rechtsregeln eine Reflexionsstufe anzunehmen, die verallgemeinernde Schlüsse aus den Gewohnheiten der Gegenwart und Vergangenheit zieht. Man muß darin und allgemein im Phänomen ›Sühneleistung und Kompositionensystem‹ eine wichtige rechtliche Entwicklungsstufe erkennen und, wie WEITZEL hervorstreicht, »eine kulturelle Hochleistung«[382]. ›Materielles‹ Recht wäre in dieser Entwicklungsstufe zuallererst in solchen Rechtsgrundsätzen, Rechtsprinzipien, Rechtssprichworten beheimatet, die rechtstheoretisch mehr mit Prinzipien als mit Regeln gemein hätten. Umgekehrt wäre dem Verfahrensrechtsgewohnheiten wegen der Strenge der Form eine gewisse Nähe zum Regelcharakter nicht abzusprechen. Die Prinzipien stehen als Reflexionsstufe unterhalb bzw. neben den Rechtsregeln, aber über dem Fallvergleich[383]. In die prozessuale Repräsentation der inhaltlich

379 K. Günther – Der Sinn für Angemessenheit, S. 268.

380 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 1375.

381 Zur Problematik siehe auch C. Schott – Zur Geltung der Lex Alamannorum, S. 92 ff.

382 J. Weitzel – Begriff und Gegenstand des frühmittelalterlichen Sanktionenrechts, S. 18.

383 Robert Alexy hat in der Diskussion im Anschluß an einen Vortrag (zum Thema *Verhältnismäßigkeit und Abwägung in der juristischen Argumentation*) am 22. 4. 2004 in Graz sich dafür ausgesprochen, neben Regeln und Prinzipien auch den ›Fallvergleich‹ als eigenständige normative Kategorie in die Rechtstheorie einzubeziehen.

durch Prinzipien im angesprochenen Sinn geprägten Rechtsgewohnheiten gingen durch die eingewobene allseitige Abwägung viele Aspekte als relatives Gewicht ein: das Gewicht der Person, des Ranges, des Standes ebenso wie das Gewicht der Rechtsverletzung, der Außerordentlichkeit des Vorgefallenen wie natürlich das Gewicht der Gewohnheiten und Ordnungen im Hintergrund. Diese umfassende Abwägung hätte materiellrechtliche Bedeutung und objektiven Gehalt, das von diesen inhaltlich determinierte Verfahren wäre zugleich mehr als bloße formalisierte Friedensstiftung oder ›*palaver*‹. Neben das formalisierte Verfahrensrecht träte ein durchaus als objektives Recht verstehbares System von Prinzipien bzw. wahrscheinlicher ein vorsystematischer, ungelehrter Umgang mit Prinzipien.

# IV. Vom Normensystemdenken zum Recht als ›interpretative Praxis‹

## (8) Rechtstheoretische Fundamentalkritik des Rechtspositivismus

### *Ronald Dworkins Kritik des Rechtspositivismus*

Die Rechtstheorie Ronald Dworkins, von diesem selbst wohl wie auch von anderen als Gesamtkunstwerk *in progress* verstanden, ist in ihrem Kern Positivismuskritik; das will heißen, Kritik eines von ihm geschaffenen Konstrukts aus einer Reihe von Thesen, zu denen ein in dieser Form nirgendwo explizit vertretener idealisierter Rechtspositivismus verdichtet wird[1]. Zu diesen Thesen zählt u.a. die, Recht sei »eine Menge besonderer Regeln«, durch die bestimmt werde, »welches Verhalten von der Staatsgewalt bestraft oder erzwungen«[2] werden soll, und die Zuordnung einer bestimmten Regel zum System als Gesamtheit dieser Regeln werde durch ein formales Herkunftskriterium bestimmt, nicht durch den Inhalt der Norm; letzteres, zur Erinnerung, ist Dworkins Formulierung der sog. ›Trennungsthese‹[3], bezogen auf die Trennung von Recht und Moral. Der ausführlichen Kritik dieses Konstrukts, das sich durch den Vorzug ausweist, selbst nicht zurückzuschießen, sind auch die beiden großen Meilensteine des dworkinschen Werkes – *Taking Rights Seriously* und *Law's Empire* – über weite Strecken gewidmet.

In dieser Kritik bleibt die vielfach aufgegriffene Differenzierung von Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, mit der *Taking Rights Seriously* einsetzt, nur eine Art Prolog, die Unterscheidung hat instrumentellen Charakter, und es ist nicht Dworkins Intention, das Regelmodell des (idealisierten) Rechtspositivismus zu einem Regel-Prinzipien-Modell zu erweitern[4], wie das etwa Robert Alexy ge-

---

1 C. Bittner – Recht als interpretative Praxis, S. 114 ff.; W. Ott – Zur Kritik Ronald Dworkins am Rechtspositivismus; A. Somek – Von der Rechtserkenntnis zur interpretativen Praxis, S. 81 ff.; S. Wesche – Auslegung, Fortbildung oder Schöpfung des Rechts?

2 R. Dworkin – Bürgerrechte ernstgenommen, S. 47.

3 Siehe H.L.A. Hart – Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral; R. Dreier – Der Begriff des Rechts; N. Hoerster – Zur Verteidigung der rechtspositivistischen Trennungsthese; »Mit Hilfe dieser Herkunftstests kann man gültige Rechtsregeln von unechten Rechtsregeln […] sowie von anderen Arten gesellschaftlicher Regeln […] unterscheiden.« R. Dworkin, a.a.O.

4 Dworkin, a.a.O. S. 42 ff. Das wird von Claudia Bittner betont: »Es ist daher dem Mißverständnis vor-

tan hat[5]. Zwar wird gerade durch den unausweichlichen Rekurs auf (nicht positivrechtliche) Prinzipien im Prozeß der ›Rechtsfindung‹ die Unzulänglichkeit des Regelmodells zu zeigen versucht[6], doch Dworkins kritische Vorhaltungen gehen tiefer, zielen auf die vollständige Ablehnung der Vorstellung, Recht sei als eine Menge, ein Aggregat oder auch ein ›System‹ von Normen aufzufassen[7].

Recht ist unter diesem Blickpunkt kein Normensystem, Recht darf nicht als ein vorgegebenes ›Etwas‹ mißverstanden werden, das feststehend vorausliegt, um erkannt zu werden. Dworkins Rede von Interpretation hat darum auch nicht das hermeneutische Heranpirschen an normative Texte oder eine Menge vorgegebener Rechtssätze im Auge, sondern Interpretation ist für ihn ein kreativer, ein konstruktiver Akt, gerichtet auf die gesamte gegenwärtige (und vergangene) Rechtspraxis einer Gemeinschaft[8]. Als attraktiv könnte sich ein solches Verständnis vom Recht, das sein Augenmerk weg vom Gedanken an die Subsumtion unter vorweg identifizierbare Normen hin zu einer ›rechtsfindenden‹ Praxis als Selbstinterpretation richtet, für die hier gestellte Aufgabe, Recht im 10. und 11. Jahrhundert begrifflich zu fassen, darum erweisen, weil – wie oben bemerkt – die alleinige Konzentration auf normative Texte und deren Anwendung für die in Rede stehende Zeit wenig Sinn macht, obwohl es auch ›Gesetze‹ *(leges scriptae)* – allerdings sehr unterschiedlichen Systematisierungsgrades – gegeben hat, die als fester Bestandteil damaliger Rechtspraxis gelten können. Aber für das eigentümliche Nebeneinander von mündlicher Rechtstradition und Berufung auf geschriebenes Recht könnte ein Alternativkonzept zur positivistischen Konstruktion geltender Normen mittels einer Herkunftsregel als angemessener sich erweisen. Eine Herkunftsregel zu konstruieren stößt auf Schwierigkeiten ja schon deshalb, weil mehrere unabhängige *corpora* von Recht nebeneinander existiert haben, so daß von *dem* Recht, das durch eine solche Regel konstituiert würde, ohnehin nicht gesprochen werden kann: »Erst die vier Rechts-

---

zubeugen, daß Dworkin dem positivistischen Regelmodell ein Regel-Prinzipien-Modell des Rechts entgegenstellen wollte. Sein Anliegen ist es vielmehr (stets gewesen), das Bild des existierenden Rechts als einer Sammlung von Regeln (und Prinzipien) zu zerstören.« A.a.O. S. 118.

5 R. Alexy – Theorie der Grundrechte, S 117 ff.

6 K. Günther – Der Sinn für Angemessenheit, S. 345 ff.

7 Allerdings gehen sie auch nicht so weit, wie bei Alexander Somek den Ansatz dahingehend zu radikalisieren, daß mit dem Übergang zur Idee der interpretativen Praxis auch gleich die Vorstellung vom Recht als Gegenstand von Erkenntnis postmodern verabschiedet wird. Somek verliert sich in den Bifurkationen von Postmoderne und Sprachkritik, führt aber den Leser, der bereit ist, ihm auf diesem *sendero luminoso* zu folgen, nicht wieder heraus zu irgendeinem anderen greifbaren Verständnis von Recht; siehe A. Somek – Der Gegenstand der Rechtserkenntnis.

8 C. Bittner, a.a.O. S. 32.

massen Stammesrechte, Neubildungen, kirchliches Recht und römisches Recht *zusammen* machen das Recht des Mittelalters aus«[9].

Dworkins Entwurf einer Theorie fortschreitender Interpretation jeweils des gesamten zurückliegenden rechtlichen Geschehens einer Gemeinschaft als Grundlage für richterliches Urteilen ist keineswegs beschränkt auf eine Rechtswelt, in der Schriftlichkeit dominiert, sondern die ausgesprochene Textzentriertheit der modernen Welt mit ihrem damit einhergehenden Systematisierungswillen bedeutet eher ein Plausibilitätsdefizit für den dworkinschen Ansatz, scheint sie doch zu Gunsten positivistischer Theorien zu sprechen. Gerade aber das überwiegende Fehlen schriftlicher Gedächtnishilfen im Urteilsfindungsprozeß des Frühmittelalters oder jedenfalls deren untergeordnete Bedeutung gegenüber dem Zurückgreifen auf das individuelle Erinnerungsvermögen macht einen interpretativen Ansatz erfolgversprechend[10].

Die politische Absicht Dworkins, die zweifellos seinem Werk inhärent ist – vor dem Hintergrund eines weitgehend unreflektiert bleibenden Liberalismus nordamerikanischer Lebensart gegen eine Trennung von Recht und Moral im rechtlichen Urteilen und damit für eine moralischere und gerechtere Welt sich auszusprechen –, kann demgegenüber ganz unberücksichtigt bleiben, denn diese Trennung ist, historisch betrachtet, mangels Ausdifferenzierung im 10. Jahrhundert noch gar nicht erfolgt und macht ein solches Postulat als politisches Nebenziel der Theorie überflüssig[11]. Ziel einer Adaption des dworkinschen Ansatzes wäre also die Ausblendung kontingenter gegenwartsbezogener Momente und die Konzentration auf die eher formalen Aspekte seiner Theorie, also gewissermaßen ein Austauschen des gesamten historischen, gesellschaftlichen und ideologischen Hintergrunds in Richtung auf die Beschreibung vorstaatlicher Verhältnisse, in der eine Rechtstheorie, die Recht als *interpretative Praxis* auffaßt, sich zu bewähren hätte. Der angesprochene Liberalismus (hier im weitesten Sinn verstanden als individualistisches Gegenkon-

9 J. Rückert – Die Rechtswerte der germanistischen Rechtsgeschichte im Wandel der Forschung, S. 286.

10 Oralität, die in einer Weise sozialstrukturbildend wirkt, daß der Gegensatz zu schriftdominierten Gesellschaften stark betont wird, ist seit längerem im Blickfeld der Mittelalterforschung; siehe u.a. den Sammelband P. Classen (Hrsg.) – Recht und Schrift im Mittelalter; H. Vollrath – Das Mittelalter in der Typik oraler Gesellschaften; dies. – Rechtstexte in der oralen Rechtskultur des frühen Mittelalters; J. Weitzel – Schriftlichkeit und Recht; G. Dilcher – Oralität, Verschriftlichung und Wandlungen der Normstruktur in den Stadtrechten des 12. und 13. Jahrhunderts.

11 Theoriebildung muß, um konsequent zu bleiben, bei Dworkin ebenfalls als interpretative Praxis verstanden werden und kann so von der Sphäre politischer Zielsetzung nicht separiert werden (vgl. C. Bittner, a.a.O. S. 22). Die mittelalterliche Welt sollte aber davon verschont bleiben, sowohl *ex post* liberal legitimiert und verharmlost wie zum Beweis der Liberalität des modernen Liberalismus verfinstert zu werden.

zept zu allen Arten von etatistischen Entwürfen[12]), der bei Dworkin näherhin als emphatisches Gleichbehandlungsgebot begegnet[13] (als Ideal gleicher Sorge und Achtung, *equal concern and respect*[14]), ist aber nicht funktionslos innerhalb seiner Theorie. Er spielt eine methodisch wichtige Rolle als *cut-off* im drohenden infiniten Regreß der Verbindlichkeitsproblematik von Recht und rechtsbegründenden allgemeinen Prinzipien, worauf noch einzugehen sein wird[15].

Um zu verstehen, was mit der Formulierung ›Recht als interpretative Praxis‹ gemeint sein könnte, muß zuvor geklärt werden, was denn eigentlich in Dworkins Augen die wesentliche Unzulänglichkeit des Rechtspositivismus ausmacht, die ein solches Gegenkonzept herausfordert. Erheblich ist die Frage, weil ja auch der Rechtspositivismus als Interpretation der Rechtspraxis verstanden werden kann[16] und von Dworkin auch so verstanden wird, wenn er ihn in einer Gestalt, die er »Konventionalismus« nennt, kritisiert[17]. Der interpretative Zugang im weiteren Sinn ist also eher ein metatheoretischer Rahmen, der neben der Rekonstruktion klassischer Positionen (Rechtspositivismus, Naturrechtslehre, Rechtsrealismus etc.) auch eine interpretative Theorie im engeren Sinn enthält *(law as integrity).* Genau in der Konfrontation mit der Rechtspraxis, also mit dem für die angelsächsische Welt so unausweichlichen *what judges really do*, konstatiert er nun die Unzulänglichkeit des Rechtspositivismus und dessen Fehlerhaftigkeit, die dieser mit allen sog. ›semantischen Theorien‹ teilt, d.h. solchen, die von einer bestimmten Wortbedeutung von ›Recht‹ ausgehen. Die Vorstellung einer angebbaren Extension von Rechtsregeln, die durch einen Herkunftstest identifizierbar gemacht werden, gehe an der Praxis vorbei.

Der Gegenentwurf vom Recht als Interpretationsvorgang sieht demgegenüber ein zweistufig gestaltetes Kriterium vor[18], die (technisch nüchterne) Dimension

---

12 ›Etatistisch‹ meint hier den Vorrang des Staates vor dem Individuum; unter den Bedingungen einer etatistischen Theorie lassen sich u.U. – wie etwa Carl Schmitt in seinem Buch *Das Wesen des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* vorexerziert – ganz andere Konsequenzen ableiten als aus einer liberal verstandenen Gleichheit.

13 Überraschenderweise nicht als emphatisches Freiheitsideal; vgl. C. Bittner, a.a.O. S. 65.

14 A.a.O. S. 207 f.

15 »Der in Dworkins Theorie der Interpretation somit angelegte infinite Regreß auf eine immer abstraktere Ebene der Rechtfertigung wird von Dworkin durch eine axiomatische Setzung des Prinzips ›Gleichheit‹ als höchsten, einer Rechtfertigung nicht mehr fähigen Wert abgebrochen.« A.a.O. S. 61.

16 Diesem Gedanken folgt A. Somek – Von der Rechtserkenntnis zur interpretativen Praxis, S. 85 ff.: »Die hier zu erhärtende These lautet nämlich, daß sich die Verwendung des Regelbegriffs in der Jurisprudenz rechtfertigen läßt, wenn man die Regelanwendung als interpretative Praxis deutet.«

17 R. Dworkin – Law's Empire, S. 114 ff.

18 Eigentlich handelt es sich dabei um eine ›Konsistenzerzeugungsleistung‹ des Richters; vgl. K. Günther – Der Sinn für Angemessenheit, S. 346.

des ›*fit*‹[19] und die (moralisch aufgeladene) Dimension des ›*justify*‹. Erstere meint das ›Entsprechen‹ der Interpretation in Bezug auf die Praxis, eine Art Stimmigkeit oder Konsistenz in der sukzessiven richterlichen Entscheidungstätigkeit, letzteres die moralische Rechtfertigung der mit Recht einhergehenden Zwangsgewalt. Recht ist dann das, was die ›beste‹ Interpretation der Rechtspraxis dafür ausgibt[20], und die beste Interpretation ist diejenige, die in beiden Dimensionen die besseren Argumente auf ihrer Seite hat. Argumente, die in diesem Interpretationsprozeß zu rechtlichen Argumenten mutieren, gibt es gerade auch in den ›schwierigen Fällen‹ *(hard cases),* in denen die Herkunftsregel als Test – fast möchte man sagen *per definitionem* – versagt. Für den Konventionalismus ortet Dworkin ein Versagen in beiden Dimensionen, *fit* und *justify*.

Allgemeine Rechtstheorien haben nach Dworkin *eo ipso* interpretativen Charakter: sie wollen die ›beste‹ Darstellung der herrschenden Praxis ›Recht‹ sein. Recht als interpretatives Unternehmen setzt dabei ein gewisses Maß an ursprünglicher Übereinstimmung in der Gemeinschaft voraus *(preinterpretive agreement),* das jedoch seinem Inhalt nach zufällig und lokal differenziert sein kann. Auf der interpretativen Ebene[21] ist dann aus diesen unkontroversiellen präinterpretativen Regeln durch Abstraktion eine Position zu gewinnen, die den Zweck von ›Recht‹ angibt und allgemein genug ist, um von (fast) allen an der theoretischen Interpretation Beteiligten geteilt zu werden: das *concept of law*. Dworkin formuliert ein solches allgemeine Akzeptanz findendes Rechtskonzept mit der Behauptung: Recht ist verbunden mit der Rechtfertigung und Beschränkung von staatlicher Zwangsgewalt unter der Berücksichtigung vergangener politischer Entscheidungen. Die Konkretisierung dieses allgemeinen Ansatzes *(concept)* geschieht in Form vieler widerstreitender Interpretationen *(conceptions)*[22]*,* wobei von diesen drei Grundfragen beantwortet werden müssen: (1) Ist die angenommene Verknüpfung von Recht und Zwangsgewalt überhaupt gerechtfertigt? (2) Wenn ja, in welcher Weise?, und (3) Wie kann die Verknüpfung dieser Rechtfertigung mit den vergangenen politischen Entscheidungen am besten verstanden werden?

Der Konventionalismus (Rechtspositivismus) als eine solche allgemeine Rechtstheorie versagt in der konsistenten Erklärung von gegenwärtigen rechtlichen und vergangenen rechtlichen und politischen Entscheidungen (Präjudizien und Ge-

---

19 Dazu M. Pawlik – Ronald Dworkin und der Rechtsbegriff, S. 303 ff.

20 So schon R. Dworkin – Bürgerrechte ernstgenommen, S. 190.

21 Zu den ›Drei Stadien der Interpretation‹ R. Dworkin – Law's Empire, S. 65 ff.; C. Bittner, a.a.O. S. 33 ff.

22 Zur Unterscheidung von *concept* und *conception* R. Dworkin, a.a.O. S. 70 ff. bzw. 90 ff.

setze), also in der Dimension des *fit*, deshalb, weil sich Richter tatsächlich mehr von Gesetzgebungsakten und Präjudizien leiten lassen, als der Konventionalismus erlaubt: Denn sobald der explizite Gehalt an Recht erschöpft ist, haben die Quellen *(sources)* keine Bedeutung mehr; der Richter schafft neues Recht zum Besten der Gemeinschaft, wobei er allerdings auf ein Konsistenzproblem stößt, das ihn zwingt, auf bisher aufgestelltes Recht zu achten.

Auch in der anderen Dimension, der des (moralisch) Rechtfertigens *(justify)*, gehe der Konventionalismus nach Dworkin fehl, weil sein vorrangiger Rechtfertigungsgrund, vorausberechenbare Entscheidungen zu erklären und zu garantieren, also den Gedanken der Rechtssicherheit theoretisch zu forcieren, gar nicht erfüllt wird. Der Konventionalismus könne auf diesem Weg nicht gerechtfertigt werden, weil er das Auftreten überraschender Entscheidungen gar nicht verhindert, außer in einer sehr strengen Variante dieser Theorie, dem ›Unilateralismus‹, der die Gewinnchance für einen Prozeß so streng an den expliziten Gehalt des Rechts bindet, daß er dem Richter jegliche Rechtsneuschöpfung versagt. Das sei jedoch nicht die Position des gewöhnlichen Konventionalismus: dieser gehe davon aus, es gäbe eben Fälle, in denen keine Seite ein Recht hat, den Prozeß zu gewinnen – somit gehörten Überraschungen zum System. Im Recht komme es auf die richtige Balance zwischen Vorausberechenbarkeit und Flexibilität an; letztere Qualität mangle dem Konventionalismus.

Aller Rechtstheorie wird hier die Bürde aufgetragen, vorhandene Rechtspraxis moralisch zu rechtfertigen, allenfalls zu kritisieren, jedenfalls entfällt die strikte Enthaltsamkeit der positivistischen Trennung von Recht und Moral ganz und gar. Es wird von Dworkin sogar fast so etwas wie eine Gegenhierarchie zum bekannten positivistischen Modell eines Stufenbaus der Rechtsordnung entwickelt: der Entwurf einer Art eines Stufenbaus der *integrity*, in der Recht durch (positive) Gemeinschaftsmoral zu interpretieren ist und diese wieder durch die Anforderungen einer kritischen abstrakten Moral[23]. An die Stelle des obersten Herkunftskriteriums des Rechtspositivismus (Grundnorm, Erkenntnisregel) tritt das schon erwähnte oberste allen weiteren Begründungszusammenhang abschneidende Kriterium der gleichen Sorge und Achtung.

Wie das alles sich in rechtlicher Praxis verwirklicht ist, das erläutert Dworkins Theorie der Rechtsprechung. Die richterliche Entscheidung basiert auf einer interpretativen Theorie, die sowohl das gegebene rechtliche Material als auch die resultierende Entscheidung selbst durch bestimmte Prinzipien rechtfertigt. Die

23 Dieser Übereinanderschachtelung von abstrakter Moral, Gemeinschaftsmoral und Recht korrespondieren nun nicht drei unabhängige Normensysteme, »denn Dworkin möchte gerade unser Verständnis des Rechts und der Moral als zweier Normensysteme erschüttern« (C. Bittner, a.a.O. S. 51).

Konsistenz eben dieser Prinzipien generiert die ›Richtigkeit‹ des Urteils[24]. Der Stufenbau der *integrity* muß auf zwei Ebenen Realisierung finden, auf der der Rechtserzeugung (Gesetzgebung) und auf der der Rechtsprechung, und letzteres meint Rechtfertigung des Urteils wie auch der rechtlichen Urteilsgrundlagen durch ein *coherent set of principles. Integrity* wäre demnach ein Prinzip, das sich auf das Verhältnis der im Interpretationsprozeß zu Tage tretenden Prinzipien untereinander bezieht, d.h. ein Optimierungsgebot hinsichtlich der Kohärenz der Rechtsprinzipien. Dworkin hält diese Realisierung dieser Subspecies von *integrity* offenbar für eine übermenschliche Leistung und bemüht eine mythische Maßstabsfigur, den ›Richter Herkules‹ – eine angesichts der unbestritten heftigen Neigung des gewählten antiken Vorbildes zur Gewalttätigkeit vielleicht bedenkliche Wahl –, der diese Synthesisleistung der Urteils- und Rechtsgrundlagenrechtfertigung zu vollbringen vermag. Der mythische Richter ›entdeckt‹ im Interpretationsprozeß schon vorbestehende Rechte, die letztlich allesamt unmittelbar im *equal-concern*-Gebot gründen. Dworkin ringt sich nicht zu einer im eigentlichen Sinn prozeduralen Theorie des Rechts durch, die auch das Recht selber, nicht bloß dessen Rechtfertigung, erst im Zuge des Interpretierens entstehen ließe[25]. Der Richter ist damit immer, auch in den kontroversiellen *hard cases,* an diese Rechte, da diese ja als bestehend vorausgesetzt werden, in seiner Entscheidung gebunden. Der Freiraum rechtlicher Ungebundenheit, den der Rechtspositivismus in diesen Fällen dem Richter einzuräumen gezwungen ist (soll dieser überhaupt eine Entscheidung treffen), kann bei Dworkins Richter *ex definitione* gar nicht auftauchen[26].

Der Weg, auf dem der Richter zum richtigen Urteil findet – und nach Dworkins *right answer thesis* ist ein solches immer im Prinzip aufspürbar –, besteht (für Herkules) in einer Bestandsaufnahme und Interpretation *aller* rechtlichen Phänomene seiner Gemeinschaft. Für den empirischen Richter, der herkulischer Kräfte entbehren muß, führt das konsequent zu einem Gebot der Selbstreferenz juristischen Urteilens: die Praxis anderer Richter, die durch das gleiche Gebot ebenso zu handeln angehalten sind, ist gleichermaßen zu beobachten und zu beachten. Beim Bestreben, die Übereinstimmung der politischen Theorie einer integer handelnden

24 Vgl. a.a.O. S. 37 bzw. S. 165.

25 Andere Varianten der Kritik am Rechtspositivismus *qua* Normensystemdenken kommen durchaus zu solchen Lösungen, z.B. Dietrich Busse: »Da die als Abstraktum gefaßte ›Rechtsnorm‹ der Gesetzespositivisten als solche nicht zugänglich ist, könnte man davon reden, daß Rechtsnormen durch den Akt der Normanwendung, welcher sich auf Normtext-Interpretationen stützt, überhaupt erst hergestellt werden.« Ders. – Zum Regel-Charakter von Normtextbedeutungen und Rechtsnormen, S. 311.

26 C. Bittner, a.a.O. S. 160.

Gemeinschaft, bzw. der besten Interpretation einer solchen, mit der Rechtfertigung von Gesetzgebung, Gewohnheit und Präjudiz im konkreten Fall zu erreichen, soll der Richter »decide what the law is by interpreting the practice of other judges deciding what the law is«[27]. Richter sollen demnach entscheiden, wie andere Richter auch, sofern diese nur den wechselseitigen Beobachtungs- und Interpretationsprozeß ihres Treibens als Bestandteils ihres ›integren‹ Auftretens begreifen. Diese Selbstbezüglichkeit ist einmal Folge der Bedingung der Endlichkeit (in Bezug auf Zeit, Energie und Fähigkeiten des Richters), unter der Entscheidungen zustandekommen müssen, zum anderen auch Ausfluß der universellen Interpretationspflicht in Ansehung aller greifbaren rechtlichen Phänomene.

*Carl Schmitts Begriff der Rechtsbestimmtheit*

An dieser Stelle ist es Zeit, einen im Zusammenhang mit dem Werk Ronald Dworkins etwas unerwartet hereintretenden Antezessor ins Spiel zu bringen, nämlich Carl Schmitt. In der 1912 erschienenen Dissertation dieses ansonsten zumeist nur in seiner Eigenschaft als Dezisionist und Wegbereiter des Nationalsozialismus gewürdigten Rechtstheoretikers, *Gesetz und Urteil*, die der Auseinandersetzung mit dem zeitgenössischen Positivismus gewidmet ist, wird – wie bei Ronald Dworkin – ebenfalls ein Richtigkeitskriterium für richterliche Entscheidungen gesucht und formuliert, das zudem verwandte Züge der Selbstreferenz aufweist. Eine richterliche Entscheidung, so postuliert Schmitt, ist »dann richtig, wenn anzunehmen ist, daß ein anderer Richter ebenso entschieden hätte. ›Ein anderer Richter‹ bedeutet hier den empirischen Typus des modernen rechtsgelehrten Juristen«[28]. Hasso Hofmann attributiert dieser schlichten Lösung »Kühnheit«[29]; die Lösung versteht sich dabei als Spitze gegen den Begriff der ›Gesetzmäßigkeit‹ als Kriterium für das gestellte Problem. Die formale Selbstbezüglichkeit (Entscheidungen, die sich durch wechselseitigen Verweis auf potentielle Entscheidungen anderer ›Rechtsgelehrter‹ im Rahmen der gleichen Praxis insgesamt als Prozeß gegenseitig legitimieren und

27 R. Dworkin – Law's Empire, S. 410.

28 C. Schmitt – Gesetz und Urteil, S. 71.

29 H. Hofmann – Legitimität gegen Legalität, S. 34. Nach Lorenz Kiefer bedeutet diese Lösung vor allem, »daß sie zwei andere Antworten ausschließt (und genau gegen diese auch formuliert ist), deren erste etwa lauten könnte: Eine richterliche Entscheidung ist dann richtig, wenn sie einem substantiellen Gerechtigkeitsideal möglichst nahe kommt. Das wäre eine naturrechtliche Antwort. Die zweite mögliche Antwort wäre eine formalistisch-positivistische: Eine richterliche Entscheidung ist dann richtig, wenn die Intention des Gesetzgebers resp. des Gesetzes sich im Urteil möglichst vollständig realisiert.« L. Kiefer – Begründung, Dezision und Politische Theologie, S. 481.

stabilisieren) als harter Kern der Lösungskonstruktion folgt aus der Explikation von Überlegungen zur Konsistenz und Berechenbarkeit richterlichen Entscheidens, aus der – in SCHMITTS Worten – Idee der »Rechtsbestimmtheit«.

Bezwungen werden soll durch den in Selbstbezüglichkeit mündenden Begriff der Rechtsbestimmtheit das seinerseits dem zeitgenössischen Positivismus unterstellte Kriterium der ›Gesetzmäßigkeit‹, jenes Ideal »einer glatten Subsumtion unter den Gesetzestext«[30] samt der Rettungsversuche durch ein erweiterndes Instrumentarium der Textexegese für Fälle, die nicht so glatt sich subsumieren lassen[31]. SCHMITT bestreitet dabei jedoch nicht die grundsätzliche Möglichkeit einer ›richtigen‹ Textinterpretation (bedeutungsskeptische Ideen kommen ihm ganz und gar nicht in den Sinn), auch nicht die prinzipiell determinierende Wirkung von Gesetzen auf das Zustandekommen richterlicher Entscheidungen. Er betont (vorerst) auch nicht so sehr das unvermeidliche dezisionistische Moment jeder Entscheidung[32], nicht mehr jedenfalls, als es der Positivismus KELSENscher Prägung tun wird, indem er das immer hinzutretende rechtsschöpferische Moment bei der stufenweisen Konkretisierung der individuellen Rechtsnorm betont[33]. Aber er bestreitet, daß korrekte Rechtstextinterpretation im Verein mit logischer Subsumtionsleistung ein hinreichendes Kriterium für die Richtigkeit der Entscheidung darstellen könne[34]. Die geäußerte Kritik zu-

30 C. Schmitt, a.a.O. S. 9

31 Die juristische Methodenlehre bemüht sich mit ihrer ›Arbeit an der Norm‹ seit jeher, die Unzulänglichkeit des Subsumtionsmodells zu kompensieren: »Die überkommenen juristischen Methoden laufen stets darauf hinaus, der unpräzisen oder unvollständigen ›positiven‹ Regelung, die man auffindet, weitere Prämissen (Spracherfahrung; Regeln der Logik oder Grammatik; Erfahrungsregeln über den üblichen Zusammenhang gesetzlicher Vorschriften untereinander; die Interessenbewertungen der gesetzgebenden Personen; die allgemeinen Prinzipien der Rechtsidee und die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die als deren Konkretisierung den Rechtsinstituten und Rechtsgebieten zugrunde liegen) hinzuzufügen und dadurch präzisere oder vollständigere Normen zu gewinnen.« F. Bydlinski – Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 527.

32 Trotzdem ist es richtig, daß, wie immer wieder bemerkt wurde, in *Gesetz und Urteil* der Keim für den *basso continuo* der schmittschen Rechts- und Staatstheorie zu finden ist, seine an den § 214 der hegelschen *Rechtsphilosophie* anknüpfende Feststellung, daß »es häufig nicht so sehr auf die Art und Weise der Regelung, als auf eine Regelung überhaupt ankommt.« Gesetz und Urteil, S. 48.

33 Vgl. dazu z.B. H.J. Koch – Die Auslegungslehre der Reinen Rechtslehre im Lichte der jüngeren sprachanalytischen Forschung, S. 2: »Im Stufenbau der Rechtsordnung ermächtigt die übergeordnete Norm bestimmte Organwalter zur Erzeugung niederrangigen Rechts. Insofern findet in der Hierarchie der Normenwelt laufend rechtsschöpferische Tätigkeit statt.«; bzw. Kelsen – Reine Rechtslehre, S. 350 ff.

34 Auf S. 29 in *Gesetz und Urteil* wird diese Kritik programmatisch formuliert als Frage, »ob wirklich richtig interpretieren und richtig entscheiden dasselbe ist, oder ob vielleicht die Richtigkeit der Interpretation zwar eine Voraussetzung der Richtigkeit der Entscheidung ist, sie aber nicht erschöpft, sondern noch andere hinzukommen müssen, ehe die Entscheidung richtig zu nennen ist.«

gunsten eines praxisimmanenten Richtigkeitskriteriums ist darum – das muß betont werden – keine an der Idee der Gesetzesbindung als solcher; falsch und im Text nicht zu belegen ist darum die bisweilen vertretene Auffassung, SCHMITT predige eine schrankenlose Verachtung des ›Gesetzes‹[35], mache das Gesetz als Entscheidungsgrundlage entbehrlich und lasse des Richters pure Willkür *ex nihilo* regieren[36].

In dem Bestreiten der ›Gesetzmäßigkeit‹ geht es um nichts weniger als um das Thema des Übergangs vom Allgemeinen zum Besonderen im Recht. Der (rechtslogische) Positivismus beharrt auf seiner Grundkonstruktion, nach der die richterliche Entscheidung (im Regelfall) deduktiv mittels Subsumtionsschluß aus vorgegebenem Sachverhalt und ebenso vorgegebenen (generellen) Normen gewonnen wird. Da ein registerförmiges Konvolut (System) von Normen $N_1 \ldots N_i$ nicht vorliegt, das einem rechtlichen Urteilsautomaten als Programm dienen könnte, sondern immer nur ein in Texten (und anderen Quellen) greifbares normatives Rohmaterial, das allerdings als jederzeit in ein solches ›System‹ übersetzbar betrachtet wird (beispielsweise mit der hier im ersten Kapitel vorgestellten *Darstellungstheorie* für Normensysteme), zerfällt der Prozeß der Rechtsentscheidung rechtstheoretisch in mehrere Schritte: »(1) die Auffindung der einschlägigen Rechtsvorschriften, (2) das Erkennen des Zusammenhangs dieser Rechtsvorschriften und (3) ihre Interpretation bzw. Auslegung«[37]. Rechtsanwendung ist dabei »die Anwendung genereller Rechtsnormen auf konkrete Sachverhalte durch deren Subsumtion unter in Betracht kommende Rechtsregeln oder durch Abwägung der jeweils relevanten Prinzipien«[38]. Probleme gibt es hierbei

35 Tendenziell in diese Richtung wird Schmitt von Hasso Hofmann interpretiert, der in *Gesetz und Urteil* vor allem eine frühe Stufe des später Schmitt beherrschenden Dezisionismus sehen will und auf die Verwandtschaft mit dem konkreten Ordnungsdenken der *Drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* von 1934 nicht eingeht. Ähnlich I. Maus – Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus, S. 92. Schlimmer klingt der Vorwurf bei Nikolaus Forgó, der in Schmitts 1912 formuliertem Kriterium der Einbeziehung des ›anderen empirischen Richters‹ zur Beurteilung der Richtigkeit der Entscheidung mit – freilich reichlich spät kommendem – prophetischem Pathos nichts als »menschenverachtende pseudojuristische Ideologie«, die Forderung der politischen Gleichschaltung aller Richter und in Schmitts Werk offenbar nichts als einen Vorboten künftiger stampfender brauner Horden sehen will; N. Forgó – Derselbe Jurist und das andere Recht, S. 271 bzw. S. 276 ff.

36 Siehe z.B. Schmitt, a.a.O. S. 42: »Das Gesetz bleibt eine Richtschnur für den Richter; der einzelne darf sich nicht darüber hinwegsetzen.«; S. 47: »Der Richter soll nicht legibus solutus werden.«; S. 72: »Daß die ›Gesetzmäßigkeit‹ der Entscheidung nicht mehr mit ihrer Richtigkeit identifiziert wird, heißt nicht einen objektiven Maßstab aufgeben und alles auf die Subjektivität des Richters ankommen lassen.«; S. 79: »In keinem Punkte der Entscheidung aber darf der Richter einem absolut freien Ermessen, seiner partikulären Subjektivität, seiner persönlichen Überzeugung als solcher folgen.«

37 Koller – Theorie des Rechts, S. 186.

38 A.a.O. S. 187.

sonder Zahl, insbesondere, wenn man nach den Regeln und deren Qualität fragt, nach denen die Relevanz in obengenannter Definition sich bestimmt, oder wie der historisch gewachsene Kanon an Auslegungsmethoden abgeleitet werden kann oder auch nur, wie überhaupt ein eindeutiger normativer ›Sinn‹ dem textuellen Rohmaterial unterstellt werden kann[39]. Trotzdem beharrt der Positivismus darauf, die Konkretisierung des Rechts, d.h. das rationale Herauspräparieren der individuellen Norm der Rechtsentscheidung folge aus einem (rechts-)logischen Schluß. Die jedem Juristen vertrauten systemimmanenten Unschärfen, die der Rechtspositivismus minutiös aufzählt[40] und die Stück für Stück das Modell auf mehr oder minder idealtypische Gültigkeit herunterstufen, Phänomene wie Ermessen, Generalklauseln, unbestimmte Gesetzesbegriffe, die Existenz verschiedener Arten von Rechtslücken oder ganz allgemein die nach H.L.A. Harts Worten *open texture of law*[41], zwingen zu einem immer weiter werdenden Normbegriff, und auch der bloßen ungebundenen Dezision wird ein letztes Refugium zugebilligt. Aber es gilt das Postulat der rationalen Eingrenzung dieses dezisionistischen Rests. In besonderer Weise zeigt sich das Dilemma bei den sog. Rechtsprinzipien, die die Rechtsregeln i.e.S. ergänzen, die aber, je allgemeiner sie sind, desto schwieriger als Teil der positiven Rechtsordnung sich lokalisieren lassen und die durch ihre schiere Existenz und Unverzichtbarkeit die eherne rechtspositivistische These der notwendigen Trennung von Recht und Moral in Frage stellen[42]. Der Positivismus sieht sich also gezwungen, den Regelbegriff immer ausgedehnter zu interpretieren und z.B. um Optimierungsgebote zu bereichern, um das Subsumtionsmodell halten zu können, oder aber er verfällt Dworkins Einwand, er beschreibe die rechtliche Wirklichkeit nicht oder jedenfalls schlecht.

Genau gegen derartige Ausdehnungen wendet sich auch Carl Schmitt – wenn auch in einer Frontstellung gegen die Freirechtslehre[43] – und unterzieht das Subsum-

39 »Eine Methode der Interpretation von Texten, die zielsicher zu sowohl eindeutigen wie auch allgemein überzeugenden Ergebnissen führt, ist bisher nicht gefunden worden.« A.a.O. S. 201.

40 Z.B. O. Weinberger – Norm und Institution, S. 187 ff. *(Die Rechtsentscheidung).*

41 H.L.A. Hart – The Concept of Law, S. 121.

42 Um die These aufrecht zu erhalten, folgert daher z.B. Ota Weinberger: »Rechtsprinzipien müssen daher als eine Art von positiven Rechtsregeln – nämlich solche abstrakten Inhalts – angesehen werden, nicht als naturrechtliche Bestandteile der Rechtsordnung.« O. Weinberger – Norm und Institution, S. 97.

43 »Das ist die leitende Idee der Freirechtsbewegung. Indem sie ein freies, ›überpositives‹, etwa aus moralischen Werturteilen oder ›Kulturnormen‹ entnommenes Recht neben das ›positive‹ Recht stellt und so unter gesetzlichen Entscheidungen etwas weiteres versteht, als die herkömmliche Methode, hält sie formal das Kriterium der Gesetzlichkeit aufrecht […]« C. Schmitt – Gesetz und Urteil, S. 40. Vgl. E. Ehrlich – Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, S. 186.

tionsmodell einer radikalen Umdeutung[44]: nur noch als Instrument im Dienste der Rechtsbestimmtheit kommt dem Gesetz, der geschriebenen Norm, Bedeutung zu als einer Bestimmungsgröße unter vielen, wenn auch immer noch vielleicht als *primus inter pares*. Er gibt das allein normbezogene Konkretisierungsmodell (mit seinem Kriterium der Gesetzmäßigkeit) auf, aber nicht um einem schrankenlosen Irrationalismus das Wort zu reden, sondern einer anders verstandenen Forderung nach Rationalität, eben dem Postulat der Rechtsbestimmtheit, d.h. Vorausberechenbarkeit und Rechtssicherheit aus einer selbstregulierenden Urteilspraxis.

Der Dezisionismus des Richters hat darum ebenfalls einen rationalen Rahmen – einen, wenn man so will, autopoietischen der juristischen Praxis –, diese Idee verfolgt SCHMITT aber nicht weiter in irgendeiner systemtheoretischen Perspektive; erst im Rahmen des konkreten Ordnungsdenkens, das seinerseits die mehr als zwei Dekaden währende Zuspitzung des Dezisionismus bei SCHMITT relativiert, könnte man als Anknüpfung daran verstehen.

Der Dezisionismus des Richters ist überdies einer innerhalb vorausgesetzter ›Normalität‹ der Institutionen und nicht der absolute des Ausnahmezustandes, der diesen Rahmen sprengt und in den späteren verfassungstheoretischen Schriften SCHMITTS dann zentrale Bedeutung gewinnen wird[45]. Die Dezision ist eingebettet in eine Ordnung, durch die Entscheidung einerseits determiniert wird, die sie andererseits aber auch ein Stück weit selbst verändern kann durch nichts anderes als das bekannte Phänomen richterlicher Rechtsfortbildung: Wie aber will der rechtstextzentrierte Positivismus je diese Rechtsfortbildung *contra legem* wirklich plausibel machen? Das Ausweichen auf Rechtsprinzipien, die solches fallweise als ›Optimierung‹ verlangen, um die unzulänglichen ›Rechtsregeln‹ und ihr Zusammenspiel zu korrigieren, erinnert fatal an die Erklärung der Planetenbahnen mit Hilfe von Zyklen und Epizyklen, jene immer komplizierter werdende Hilfskonstruktion, ausgedacht nur, um das Kreisgesetz der Planetenbewegung zu retten. Die Norm (das Gesetz) behält ihren Sinn, die Dezision ebenso, aber beide von der selbststabilisierenden Ordnung

---

44 »Während Carl Schmitt ausdrücklich die Grundkonzeption der Freirechtsbewegung dahin kritisiert, sie erweitere nur den Inhalt des unzulänglichen Gesetzes durch moralische Werturteile oder Kulturnormen, um das Prinzip der Subsumtion zu retten […] gibt seine eigene Theorie die Vorstellung auf, es ›sei das Urteil überhaupt seinem Wesen nach Subsumtion unter positive oder freirechtliche Normen und es müsse sich das Kriterium seiner Richtigkeit danach bestimmen‹ [*Gesetz und Urteil,* S. 32].« I. Maus – Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus, S. 91.

45 So sieht das auch Lorenz Kiefer: »Denn die Schmittsche Antwort ist eine Antwort in den Grenzen der Normalität, d.h. im großen und ganzen rationaler Praxis, die sie nicht begründen kann, sondern voraussetzen muß. Gegen den Fall gestörter Normalität, den kritischen, den Ausnahmefall ist sie gleichgültig.« L. Kiefer – Begründung, Dezision und Politische Theolgie, S. 483.

her, die sie voraussetzen. Letzte Sicherheit herrscht hier freilich nicht – Ordnungen können jäh zusammenbrechen, auf Souveränität gegründete *abstrakte* ebenso wie historisch gewachsene *konkrete*. Diese Unsicherheit ist für Schmitt prinzipiell nicht auszuräumen und letztlich nur theologisch zu verstehen.

Das Kriterium der ›Gesetzmäßigkeit‹ ist unzulänglich, weil es für das Erfordernis geglückter Normtextinterpretation keine letzte inhaltlich bestimmte Gewähr gibt; was hinzutreten muß, wird darum, obzwar methodischer Natur, nicht in der Theorie, sondern in der Praxis gesucht, einer Praxis freilich, in die die Theorie durch den »empirischen Typus des modernen Rechtsgelehrten«, der ja nicht unbedingt ein Richteramt bekleiden muß, praxisrelevant inkorporiert ist. Die Situation, in der Schmitt einen Ausweg in der wechselweisen Verweisung der urteilenden Richter auf potentielle Urteile der Anderen sucht, also in einer Art selbstinterpretierender Praxis, erinnert ein wenig an die, die Kelsen so scharf zwischen wissenschaftlicher und authentischer Interpretation unterscheiden läßt. Da die authentische Interpretation vom rechtsetzenden Organ selbst stammt, weist diese Art der Erläuterung über die bloße Erklärung vorliegenden positiven Rechts hinaus auf die zugrundeliegende Willensdimension der Norm. Demgegenüber ist »die Frage, welche der im Rahmen des anzuwendenden Rechts gegebenen Möglichkeiten die ›richtige‹ ist, […] überhaupt keine Frage der auf das positive Recht gerichteten Erkenntnis, ist kein rechtstheoretisches, sondern ein rechtspolitisches Problem«[46]. Dieses rechtspolitische Problem – d.i. der unauflösbare ›Rest‹, der sich zwischen allgemeine Regel und konkreten Fall schiebt – ist es, das auch Carl Schmitt mit seinem formellen Kriterium der Rechtsbestimmtheit lösen will: Ziel ist Rechtssicherheit durch die möglichst genaue Vorausberechenbarkeit der Entscheidung trotz der in sie eingehenden ›rechtspolitischen‹ Wertungen und des nicht zu tilgenden dezisionistischen Rest, und damit die Festigung eines Stücks Rationalität im Recht[47]. Die juristische Praxis, die »von dem Gedanken beherrscht [ist], berechenbare Entscheidungen zu geben«[48], hat zur Erreichung der Konvergenz von Entscheidungen i.S. der Rechtsbestimmtheit drei Institutionen hervorgebracht: (1) die Begründungspflicht, (2) den Instanzenzug und (3) die Mehr-Richter-Entscheidung. Aus der Begründungspflicht dürfe jedoch nicht der Schluß gezogen werden, »die richtige Entscheidung müsse sich logisch aus dem Gesetz ableiten lassen«[49], sondern die Begründung ist eine wesentliche Voraussetzung für die wechselweisen Bezugnahmen der Entschei-

46 H. Kelsen – Reine Rechtslehre, S. 350.
47 L. Kiefer, a.a.O.
48 C. Schmitt – Gesetz und Urteil, S. 67.
49 A.a.O. S. 69.

dungen und ihr Zweck die Glaubhaftmachung, daß jeder Richter so entschieden hätte: »Die Praxis rechtfertigt sich also durch sich selber«[50].

Die Idee einer fortschreitenden wechselseitigen Überzeugung der Richter (die dabei, um den Zweck nicht zu verfehlen, überwiegend in guter Absicht handeln müssen) unter Einbeziehung aller (rechtspolitisch relevanten) Fakten könnte durchaus auch im Kontext der Theorie Dworkins formuliert sein. Hier interpretiert sich eine juristische Entscheidungspraxis fortwährend selbst und nimmt eine integre – d.h. dem Standesethos verpflichtete – Haltung ein. Vor diesem Hintergrund erhält dann auch das positive Gesetz seine Bedeutung zurück –Schriftlichkeit ist ein starkes Instrument zur Erzielung voraussagbarer Ergebnisse: »Dem positiven Rechts bleibt eine Besonderheit; es kommt dem Postulat der Rechtsbestimmtheit so entgegen, daß eine Abweichung davon deswegen die Entscheidung zu einer unrichtigen macht, wenn nicht eben diese Erwägungen der Rechtsbestimmtheit *trotz* des positiven Gesetzes für eine Abweichung davon sprechen. Man kann daher im allgemeinen sagen: eine (offenbar) gesetzmäßige Entscheidung ist eine richtige Entscheidung«[51]. Das positive Recht beherrscht so unangefochten das Feld der – in Dworkins Terminologie – *easy cases*. Ausgehend von der Überlegung, der Richter, anstatt bloß unter generelle Normen zu subsumieren, schaffe eine allgemeine Entscheidung für einen konkreten Fall[52], stößt Schmitt zu einer prozeduralen Theorie des Rechts vor, die viele Gemeinsamkeiten mit Dworkins Vorstellung vom Recht als interpretativer Praxis aufweist[53]. Schmitts Ansatz hätte von ihm in dieser Richtung weiterentwickelt werden können, wurde jedoch nach einer langen Phase der Betonung des dezisionistischen Moments erst wieder in den *Drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* im Begriff des ›konkreten Ordnungsdenkens‹ aufgegriffen, dann freilich mit antiliberalem und antidemokratischem Akzent.

---

50 A.a.O. S. 86.

51 A.a.O. S. 88.

52 A.a.O. S. 97 f.

53 Eine hier bestehende Verwandtschaft nicht unerwähnt läßt auch Claudia Bittner: »Unter dem Gesichtspunkt einer ›dritten Theorie‹ [zwischen Rechtspositivismus und Naturrechtslehre] bemerkenswert sind die Parallelen zwischen der von Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, S S. 7 ff., herausgearbeiteten Unterscheidung von Regel- und Gesetzesdenken und dem von Dworkin in *Law's Empire* behandelten Konventionalismus, einer Variante der in *Taking Rights Seriously* kritisierten Regelpositivismus, dem Pragmatismus und der Konzeption eines durchaus gestaltenden juristischen Denkens innerhalb bestehender Institutionen *(law as integrity).*« C. Bittner – Recht als interpretative Praxis, S. 24 FN 24.

### (9) Konkretes Ordnungsdenken

Der Begriff eines konkreten Ordnungsdenkens, der hier als Modell für einen mittelaltertauglichen Rechtsbegriff aufgegriffen und fruchtbar gemacht werden soll, hat seinen Anstoß von Carl Schmitts Schrift *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, mit der er 1934 in Verabschiedung des bürgerlichen Rechtsstaates eine scharfe programmatische Wendung auch gegen seine eigene dezisionistische Theoriebildung der Zwanzigerjahre vornimmt[54], ohne dabei seine zuvor schon betriebene Opposition gegen normativistische Rechtsvorstellungen aufzugeben. Aus der Dualität Normativismus – Dezisionismus wird so eine Trias, in der das Neue – das ›konkrete Ordnungsdenken‹ – ihm zugleich nur ein wiederzuentdeckendes Altes ist, einer von nunmehr drei »ewigen Typen der Rechtsgeschichte«[55].

Die Umstände der Einführung des Begriffs, die an Autor und Werk gleichermaßen Spuren der Diskreditierung hinterlassen haben, lassen eine außerordentliche Rechtfertigung für ein Wiederanknüpfen erwarten, die allein darin bestehen kann, einen Gedanken sich entwickeln zu lassen, der – weil »es zum Wesen bedeutender Texte [gehört], daß sie immer mehr sagen, als ihr Autor mit ihnen sagen wollte«[56] –, über Schmitts Gebrauch als politisch-agitatorisches Werkzeug weit hinausgehend, eine notwendige Korrektur am Normbegriff und normzentrierten Rechtsdenken enthält. Unter ›konkretem Ordnungsdenken‹ kann mehr und unter Umständen für die staatliche und vorstaatliche Verhältnisse übergreifende Betrachtung rechtlicher Phänomene Fruchtbringenderes verstanden werden, als der ursprüngliche politische Kontext dieser Begriffsbildung vermuten läßt[57]: Mit dem konkreten Ordnungsdenken wird, über seine Funktion hinausgehend, den Ausgangspunkt für eine Fundamentalkritik des normenzentrierten Rechtsdenkens zu bieten, (1) ein dreiachsiger

---

54 Die angesprochene Wende erfolgte eigentlich schon in der Vorbemerkung zur zweiten Auflage der *Politischen Theologie*; vgl. H. Hofmann – Legitimität gegen Legalität, S. 177 ff. Die Frage, ob 1933 wirklich eine Zäsur in Schmitts Staatskonzeption sich ereignet habe und nicht nur eine in den faktischen staatsrechtlichen Grundlagen und demgemäß eher die Kontinuität seines theoretischen Werks geradewegs zu auf den Nationalsozialismus zu betonen sei, wird durchaus kontroversiell beurteilt; siehe dazu Th. v. Waldstein – Die Pluralismuskritik in der Staatslehre von Carl Schmitt, S. 108 FN 302. Für Kontinuität plädiert R. Groh – Arbeit an der Heillosigkeit der Welt, S. 216 ff.

55 C. Schmitt – Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S. 13.

56 V. Hösle – Carl Schmitts Kritik an der Selbstaufhebung einer wertneutralen Verfassung in ›Legalität und Legitimität‹, S. 1, hier bezogen auf eine andere, jedoch in engem Zusammenhang stehende Schrift Schmitts, *Legalität und Legitimität*.

57 Schmitt instrumentalisiert seine eigenen und von anderen vorgeformten Einsichten für den Nationalsozialismus mit der Folge der Totalkompromittierung seiner Begriffsbildung, mindestens für die Gegenwart.

Begriffsraum von Regel-, Entscheidungs- und Ordnungsdenken aufgespannt, in dem Rechtsbegriffe sich kategorisieren lassen; es läßt sich (2) als bestimmte Weise begreifen, rechtliche Institutionen zu denken; (3) als Ausdruck des Zusammenhangs zwischen dem jeweils aktual dominierenden Rechtsverständnis und fundamentalen im großen und ganzen von jedermann in einer bestimmten Zeit geteilten (metaphysischen) Grundüberzeugungen; und (4) als Theorie selbstreferentieller prozeduraler Praxis des Rechts, die zugleich (5) als noch unentfaltete Einheit von Recht/Moralität/Sittlichkeit verstanden werden kann. Bei alledem ist die Rolle, die (Rechts-)Regeln derivativ als »Bestandteil und Mittel der Ordnung«[58] spielen, von besonderem Interesse. Rechtsregeln bleiben auch aus der Sicht des konkreten Ordnungsdenkens ein unverzichtbares Element von juristischer Theorie und Praxis, erklären aber eben nicht alles im Recht, eine Einsicht, die auch von Prinzipientheorien des Rechts propagiert wird.

*Die Unterscheidung ›juristischer Denkarten‹*

Carl Schmitt eröffnet seine Abhandlung von 1934 mit der Unterscheidung dreier sogenannter juristischer Denkarten – Normativismus, Dezisionismus und konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken: »Jeder Jurist, der seiner Arbeit, bewußt oder unbewußt, einen Begriff von ›Recht‹ zugrundelegt, faßt dieses Recht entweder als eine Regel, oder als eine Entscheidung, oder als eine konkrete Ordnung und Gestaltung auf. Danach bestimmen sich die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens [...]«[59]. Zwar arbeite »alles rechtwissenschaftliche Denken« mit allen drei Formen, d.h. mit Regeln (Normen), Entscheidungen (Dezisionen, Befehlen) und Ordnungen/Gestaltungen (Institutionen) gleichermaßen, aber in ultimativer Konsequenz und als Fundierungsverhältnis betrachtet gelte: »die letzte, rechtswissenschaftlich gefaßte Vorstellung, aus der alle anderen juristisch abgeleitet werden, ist immer nur eins: entweder eine Norm (im Sinne von Regel und Gesetz), oder eine Dezision, oder eine konkrete Ordnung«[60]. Juristische Denkarten werden also als Typen in einem Klassifikationsschema eingeführt, mit denen sich in theoretischer Hinsicht Rechtsbegriffe und rechtswissenschaftliche Kategoriensysteme differenzieren lassen sollen. Spezifisches Unterscheidungsmoment für die Klassenbildung ist die Rückführbarkeit rechtlicher Begriffe auf eine von drei Basiskategorien. Die Einteilung besteht neben bzw. überlagert sich mit anderen Typisierungen, wie

58 C. Schmitt – Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S. 13.
59 A.a.O. S. 7. Dazu H. Hofmann – Legitimität gegen Legalität, S. 178 ff.
60 C. Schmitt, a.a.O.

z.B. der zwischen Naturrechtsdenken und Rechtspositivismus, was insbesondere eine vorschnelle Identifikation von konkretem Ordnungs- und Naturrechtsdenken verbietet. SCHMITT verwendet seine Trias z.B. als Deutungsschema für unterschiedliche Auffassungen vom Naturrecht[61] und sieht im Rechtspositivismus eine Mischung aus Normativismus und Dezisionismus.

›Juristische Denkarten‹ sind zugleich selbst Kategoriensysteme, vor deren Hintergrund rechtliche Phänomene und Begriffe (re-)konstruierbar sind. Innerhalb dieser Systeme ist alles auf den Fluchtpunkt einer letzten fundierenden Kategorie ausgerichtet, etwa die der ›Grundnorm‹ in der normativistischen *Reinen Rechtslehre* KELSENS oder in SCHMITTS dezisionistischer *Verfassungslehre* die der ›positiven Verfassung‹ als »Gesamt-Entscheidung über Art und Form der politischen Einheit«[62]. Die Begriffsbildungen des jeweils orthogonal stehenden Begriffssystems erscheinen unzulänglich oder falsch, wenn sie nicht überhaupt unverständlich und sinnlos werden. Orthogonalität bedeutet hier, daß es keine bijektiven, d.h. vollständigen wechselseitigen Abbildungen und Überführungen der Begriffskonstruktionen, die auf dem jeweiligen Boden der drei Systeme gebildet wurden, gibt noch geben kann. Beim Versuch kommt es notwendig zu begrifflichen Verkürzungen und damit zusammenhängenden Unzulänglichkeiten. Keine ›Denkart‹ ist in dieser Allgemeinheit vor den anderen ausgezeichnet. Es gibt jedoch – das spricht SCHMITTS Abhandlung aus – zeitbedingte Präferenzen für die eine oder andere Weise, das Recht aufzufassen.

Eine so im Raum stehende Differenzierung provoziert natürlich gleichsam reflexartig die Frage nach ihrer Rechtfertigung, d.h. nach ihrer Nützlichkeit, Triftigkeit, Vollständigkeit und bei einem Autor wie CARL SCHMITT natürlich auch nach der Absicht, die dahintersteckt. Man mag angesichts der gängigen postmetaphysischen Abneigungen gegen Letztbegründungen die Unterscheidung schon im Ansatz für verfehlt halten[63], sich fragen, ob die Unterscheidung wirklich eine strenge Klasseneinteilung bilden kann, und hinsichtlich der Vollständigkeit überlegen, ob unter

61 Demgemäß ließen sich drei typische Varianten unterscheiden: »Das aristotelisch-thomistische Naturrecht des Mittelalters z.B. ist rechtswissenschaftliches Ordnungsdenken, das Vernunftrecht des 17. und 18. Jahrhunderts dagegen teils abstrakter Normativismus, teils Dezisionismus.« (a.a.O.). Trotzdem identifiziert er später in der selben Abhandlung, wenn es um den Aufriß der historischen Abfolge der Denkarten geht – den fundamentalen Charakter der Differenzierung wieder verspielend –, das konkrete Ordnungsdenken mit dem christlichen Naturrecht, was ihm im Hinblick auf die Berufung auf Thomas von Aquin sogar den Vorwurf der Blasphemie eingehandelt hat; siehe A. Koenen – Der Fall Carl Schmitt, S. 473 FN 126.

62 C. Schmitt – Verfassungslehre, S. 20; vgl. M. Pilch – System des transcendentalen Etatismus, S. 27 ff.

63 So Peter Koller.

solcherlei Betrachtungsweise nicht auch die ›Topik‹[64] eine selbständige ›juristische Denkart‹ bildete, oder explizit nichtpräskriptive Rechtsbegriffe, wie die Vorstellung des Rechtsrealismus, Recht sei eine Art von empirischer Vorhersage, wie Richter entscheiden werden, oder LUHMANNS »kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartungen«[65] miteinzureihen wären. Dies hieße zugleich, sich der SCHMITTschen Trias von einem rein theoretischen Standpunkt aus nähern zu wollen. Der gesamte Aufbau von Schmitts *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* kann indes keinen Zweifel daran lassen, daß ihm weniger an dieser rein theoretischen Dimension gelegen ist als an der Schaffung eines politisch-agitatorischen Instrumentariums für seine Kritik am Weimarer Verfassungsstaat und dem mit diesem identifizierten Liberalismus und Rechtspositivismus[66]. Er selbst betont, daß die ›Denkarten‹ »theoretisch, praktisch und geistesgeschichtlich«[67] hervortreten, und damit ist man im Zentrum dessen angelangt, was SCHMITT an allen theoretischen, praktischen und geistesgeschichtlichen Phänomenen allem voran interessiert: ihre essentiell politische Intensität. Die Zuordnung der einzelnen Denkarten zu bestimmten Völkern, Rassen, Geschichtsperioden ist Ausdruck dieser Verklammerung mit der Sphäre des Politischen[68]. Die in den rechtstheoretischen Kontexten spürbare Hartnäckigkeit der Denkarten widereinander, der Wille zur »unbedingte[n] Selbstbehauptung«[69] des einen Typus, der »dem anderen Typus den Anspruch einer ›streng rechtlichen‹ Denkweise bestreitet«[70], ist für SCHMITT nur ein Reflex der substanziell dahinterstehenden Unversöhnlichkeit genuin politischer Positionen. Ein von allem Politischen ganz abstrahierendes, rein theoretisches Verhältnis zum Recht ist für SCHMITT wohl gar nicht denkbar[71]. Nicht nur das Recht selbst, auch jede Theorie des Rechts ist mit

64 I.S.v. Th. Viehweg – Topik und Jurisprudenz; vgl. M. Kriele – Theorie der Rechtsgewinnung, S. 114 ff. Zur Verwandtschaft von Topik und konkretem Ordnungsdenken siehe K. Lüderssen – Dialektik, Topik und ›konkretes Ordnungsdenken‹ in der Jurisprudenz.

65 Siehe N. Luhmann – Rechtssoziologie, S. 43.

66 So geht auch Günter Meuter davon aus, »daß Schmitts eigentliche rechtswissenschaftliche Feinderklärung dem Positivismus gilt« (ders. – Carl Schmitts ›nomos basileus‹ oder: Der Wille des Führers ist Gesetz, S. 6).

67 C. Schmitt – Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S. 9.

68 »Es ist von großer Tragweite, welcher rechtswissenschaftliche Denktypus sich in einer bestimmten Zeit und bei einem bestimmten Volk durchsetzt. Die verschiedenen Völker und Rassen sind verschiedenen Denktypen zugeordnet, und mit der Vorherrschaft eines bestimmten Denktypus kann sich eine geistige und damit *politische* Herrschaft über ein Volk verbinden.« A.a.O. (Hervorhebung nicht im Original).

69 A.a.O.

70 A.a.O. S. 11.

71 Was für die Theorie gilt, gilt umso mehr für ihren Gegenstand: »Ein dem Politischen gegenüber eigen-

der Sphäre des Politischen unausweichlich verbunden, und genau um dieses Politischen willen tritt er für eine *andere* Theorie von Staat, Verfassung und Recht ein, als seiner Meinung nach in der Weimarer Republik vorherrscht. Ist diese ›andere Theorie‹ vor 1933 noch der *Dezisionismus*, so danach ein *konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken*, das SCHMITT mit der Grundlage nationalsozialistischen Rechtsdenkens identifiziert, umgekehrt, so muß man sagen, von diesem nur bedingt als ideologische Grundlage rezipiert wurde. Man wird also SCHMITTS eigene Zurüstung des politisch-theoretischen Instruments ›Konkretes Ordnungsdenken‹ deutlich auseinanderhalten müssen von einer vielleicht sinnvollen Verwendung des Begriffs als methodisches Instrument in der Rechtsgeschichte, ein Vorschlag, wie er z.B. von WOLFGANG SCHILD in die Diskussion um den mittelalterlichen Rechtsbegriff gebracht wurde[72].

Daß aber die angesprochene politisch-theoretische Verklammerung seit der ersten Formulierung des Begriffs nicht aus der Welt verschwunden ist und weiterhin verschiedene ›juristische Denkarten‹ in ihrer politisch-theoretischen Janusköpfigkeit mit eigenem ›Selbstbehauptungswillen‹ die wissenschaftliche Diskussion bestimmen, dafür lassen sich Indizien finden, z.B. im tiefgreifenden Mißverstehen (oder treffender ›Vorbeiverstehen‹), das manche Darstellungen von SCHMITTS Konzept kennzeichnet, etwa die von HANS-JOACHIM KOCH[73]. Das Stakkato an Beurteilungen, wie »trivial«, »sinnlos«, »unerfindlich«, die KOCH für SCHMITTS *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* bereithält, dem andernorts von einem keineswegs schmittenthusiastischen Autor immerhin das Epitheton »glänzend gearbeiteter Entwurf«[74] zuerkannt wird, sollte irritieren. Ein Exempel: SCHMITT hält im beargwöhnten Text von 1934 dem ›Normativismus‹ unter anderem vor, daß er nicht zwischen einem Verbrechen als Unordnung und einer Verlobung als Ordnung unterscheiden könne, da beidemal die jeweils einschlägige Norm für einen bestimmten Tatbestand bestimmte Rechtsfolgen vorsähe, beide Fälle also nach dem gleichen Schema abhandle: »Das den Strafanspruch des Staates begründende Verbrechen, normativistisch auf die tatbestandsmäßige Voraussetzung einer Normanwendung reduziert, ist nicht mehr Ordnung oder Unordnung als die einen Ausstattungsanspruch begründende Verlobung einer Tochter. Der Verbrecher bricht dann nicht den

ständiges, gar ein ihm einklagbar entgegengesetztes ›reines‹ Recht ist für Schmitt eine contradictio in adiecto.« G. Meuter, a.a.O. S. 25.

72 W. Schild – Das konkrete Ordnungsdenken als Methode der Rechtstheorie.

73 C. Schmitts ›konkretes Ordnungsdenken‹ in: H.-J. Koch – Die juristische Methode im Staatsrecht, S. 104 ff.

74 O. Behrends – Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken, S. 60.

Frieden oder die Ordnung; er bricht nicht einmal die generelle Norm als Regel; er bricht ›juristisch betrachtet‹ eigentlich nichts«[75]. Dem hält KOCH entgegen: »Diese Argumentation ist aber völlig unsinnig. […] Daß unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesanwendung beide Ereignisse einen gesetzlichen Tatbestand erfüllen, zwingt aber in keiner Weise dazu, diese Ereignisse als moralisch *gleichwertig* anzusehen«[76]. Um die *moralische* Beurteilung geht es aber gerade nicht, denn die ist nach der strengen Trennungsthese des normativistischen Positivismus gerade keine rechtliche und damit unmaßgeblich. Auch der Einwand, Verlobung und Verbrechen seien nicht nur moralisch, sondern selbst *juristisch* nicht gleichwertig, weil das eine erlaubt, das andere hingegen verboten, greift zu kurz, weil die normativistische Gesetzestechnik der Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge – wie HANS KELSEN nicht müde wird zu betonen – die Statuierung von eigentlichen Handlungsnormen (Erlaubnisse und Verbote), KELSEN nennt sie ›Sekundärnormen‹[77], ganz überflüssig macht. Die zugrundeliegende Gesetzestechnik ist an der Wurzel in beiden Fällen, beim Verlöbnis wie bei der Sanktionierung etwa eines Diebstahls, tatsächlich die gleiche; es wird kein ›Verbot‹ des Diebstahls ausgesprochen, es werden lediglich unangenehme Rechtsfolgen angeordnet, im Falle des Verlöbnisses vergleichsweise erfreulichere. Daß hier ›Unrecht‹ vorliegt, ist schon eine Deutung der Rechtswissenschaft, die aus dem systematischen Zusammenhang eines eigentumsorientierten Privatrechts die Rechtsfolgen als Mißbilligung wertet – die Kategorie ›Unrecht‹ ist mithin, juristisch gesehen, eine abgeleitete, soweit sie nicht ohnedies nur eine außerjuristische Wertung darstellt. KELSEN bringt dieses Ableitungsverhältnis, das jenes von SCHMITTS konkretem Ordnungsdenken genau umkehrt, prägnant zum Ausdruck: »Das Verhältnis zwischen Unrecht und Unrechtsfolge besteht somit nicht – wie von der traditionellen Jurisprudenz angenommen wird – darin, daß eine Handlung oder Unterlassung darum, weil sie ein Unrecht oder Delikt darstellt, mit einem Zwangsakt als einer Unrechtsfolge verknüpft wird, sondern darin, daß eine Handlung oder Unterlassung ein Unrecht oder Delikt ist, weil sie mit einem Zwangsakt als ihrer Folge verknüpft ist«[78].

Die mögliche Unterscheidung von Ordnung und Unordnung im Recht ist es aber, die nach SCHMITT die ›Denkart‹ konkretes Ordnungsdenken dem Normativismus voraus hat. An anderer Stelle, an der SCHMITT (zurecht) vorgeworfen wird,

75 C. Schmitt – Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S. 18.

76 H.-J. Koch, a.a.O. S. 106.

77 H. Kelsen – Allgemeine Staatslehre, S. 51.

78 H. Kelsen – Reine Rechtslehre, S. 117. Etwas später ist vom »im naiven, vorwissenschaftlichen Denken als Negation des Rechts, als Un-Recht, vorgestellte[n] Delikt« (a.a.O. S. 119) die Rede.

auf die Frage, was nun die rechtliche Substanz von konkreten Ordnungen ausmache, schuldig zu bleiben, fragt Koch wieder nach »den sozialen Normen«, die diese Substanz ausmachen. Koch argumentiert begrifflich – sichtlich ohne daß es ihm auffällt, einfach weil er die ihm gewohnten Kategorien verwendet – genau von jener normativistischen Grundlage aus, die Schmitts Text relativieren will; er wird ihm also insofern nicht gerecht[79]. Kochs Kritik kann durchaus als Beispiel gesehen werden für die ihnen eigene Tendenz zur ›unbedingten Selbstbehauptung‹ dieser Kategoriensysteme: »Es ist fast selbstverständlich, daß jeder der danach bestimmten drei juristischen Denktypen die seinem Typus spezifische Vorstellung – also etwa die Norm, oder die Dezision, oder die konkrete Ordnung – mit dem Begriff des Rechts selbst gleichsetzt […] Jeder von ihnen behauptet den eigentlichen Sinn und Kern des Rechts auszumachen«[80].

Im Verhältnis zur Un- bzw. Vorwissenschaftlichkeit der jeweils anderen juristischen Denkarten gerät die Wahrheit der eigenen zur Selbstverständlichkeit bis hin zur Behauptung der Banalität dieser Einsicht; auch dafür ein Beispiel (aus dem Bereich der Rechtsethnologie):

> »Der ethnologische Erfahrungsstoff erlaubt zunächst die ganz banale Feststellung, daß keine menschliche Gesellschaft ohne Normen auskommt. Es ist eine Frage der Definition, ob wir diese objektiven Regelungen als ›Recht‹, ›Konvention‹, ›Sitte‹, ›Brauch‹, ›Gewohnheit‹ oder wie immer sonst bezeichnen wollen. Diese Regelungen unterscheiden sich von der Hackordnung im Hühnerhof wesentlich dadurch, daß sie abstrakt und generell formuliert sind, also vom Einzelfall, den es zu regeln gilt, mehr oder weniger absehen.«[81]

Das liest sich wie ein normativistisches Credo, das nicht nur *sub specie* des konkreten Ordnungsdenkens wie auch des Dezisionismus seinen blinden Fleck in der

79 Interessant ist auch Kochs Vorhalt (a.a.O. S. 106), es sei nicht zu sehen, inwiefern der Normativismus Ordnungen wie z.B. die Ehe oder das Beamtentum zerstöre. Jetzt, ein Vierteljahrhundert nach Kochs Text, ist die Ehe längst bis zur Ununterscheidbarkeit zur Lebensgemeinschaft relativiert, und für die Institution Beamtentum findet sich nirgendwo mehr das geringste Verständnis: Der Beamtenstatus wird nur noch als Bündel privilegierender Normen begriffen, das ungerechterweise von einzelnen begünstigten Individuen verteidigt wird. Der Sinn derartiger Rechtsinstitutionen, wie der Pragmatisierung, als einer politikresistenten Verpflichtung auf Gesetz und Republik, gerät unter rein normativistischer Perspektive, also unter Absehen eines konkret damit verbundenen ›Beamtenethos‹, nicht nur aus dem Blickfeld, er wird schlicht unverständlich.

80 C. Schmitt – Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S. 11.

81 R. Schott – Anarchie und Tradition, S. 25.

Verabsolutierung des Normbegriffs hat. Eine gewisse Berechtigung kann die Unterscheidung von juristischen Denkarten also durchaus für sich reklamieren. Ob diese dabei mehr ist als bloßes *aperçu* und die theoretische Valenz für eine substantielle Kritik des Normensystemdenkens aufzubringen vermag, bleibt zu untersuchen.

### *Normativismus, Dezisionismus und konkretes Ordnungsdenken*

Der Grundgedanke der Gegenüberstellung von Normativismus und konkretem Ordnungsdenken stellt sich wie folgt dar: Der Normativist faßt die Rechtsordnung als System von Normen (Regeln) auf. Alles, was Recht ist, läßt sich restlos auflösen in Normen und deren (logisch-subsumtive) Anwendung. Das gilt gleichermaßen auch für Rechtsinstitute und rechtliche Institutionen kulminierend in der möglich gewordenen Identifikation von Staat und Rechtsordnung[82]. Der Staat wird in diesem Denkmodell, wie jegliche andere soziale Ordnung auch, durch »eine normative Ordnung konstituiert«[83], wobei die eigentlichen Konstituentien, die die Ordnung vollständig determinieren, die normativen Regeln sind: »Für den reinen Normativisten, der stets auf eine Norm als seine juristische Denkgrundlage zurückgeht, werden König, Führer, Richter, Staat zu bloßen Normenfunktionen […]«[84]. Rechtserkenntnis ist von diesem Standpunkt aus Normwissenschaft, und der rechtshistorische Entwicklungsgang konzentriert sich auf den Begriff der Norm: Das Konzept der Zwangsnorm wird ausgebaut zum Stufenbau, erweitert um weitere modale Funktionen, wie Erlaubnis und Ermächtigung und mündet in eine Regeln und Prinzipien kombinierende Theorie im Gewand moderner Normenlogik. Das kategoriale Grundmuster wird in den immer ausgefeilteren Gestalten indes durchgehalten und der auf jeder Stufe als unzulänglich sich erweisende Normbegriff durch semantische Erweiterung immer aufs neue zu retten versucht. Die positive Seite, die Schmitt dem Normativismus attestiert, in seinen Augen dasjenige, das ihn »zu einem ewigen Typus der Rechtsgeschichte macht«[85], ist die Fähigkeit, in Gestalt von Unpersönlichkeit und Objektivität auftreten zu können: »Jede Regel […] erhebt sich über den Einzelfall und über die konkrete Situation und hat dadurch, als ›Norm‹, eine gewisse Überlegenheit und Erhabenheit über

82 Siehe Kelsen – Reine Rechtslehre, Kap. 41 *(Die Identität von Staat und Recht),* S. 289 ff.; vgl. H. Dreier – Hans Kelsen und Niklas Luhmann, S. 451 ff.

83 H. Kelsen, a.a.O. S. 290.

84 C. Schmitt – Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S. 15.

85 A.a.O. S. 13.

die bloße Wirklichkeit und Tatsächlichkeit des konkreten Einzelfalles«[86]. Der Unpersönlichkeit des Normativismus kontrastieren das Merkmal des Dezisionismus, persönlich zu sein, wie die Überpersönlichkeit konkreter Ordnungen[87].

Die Gegenposition des konkreten Ordnungsdenkens besteht in der unabdingbaren Prädominanz der Ordnungen, die sich in konkreten Verhältnissen und repräsentativen Gestalten verkörpern, deren Allgemeinheit nicht in der konstitutiven Grundlage abstrakter Regeln gefunden werden kann: »Das Zusammenleben der Ehegatten in einer Ehe, der Familienmitglieder in einer Familie, der Sippengenossen in einem Sippenverband, […] der Beamten eines Staates, der Geistlichen einer Kirche, […] der Soldaten eines Heeres kann weder in den Funktionalismus bestimmter Gesetze noch in Vertragsregeln aufgelöst werden«[88]. Versuche man dies dennoch, so drohe nicht nur theoretisch das Mißverstehen, sondern praktisch die Zerstörung dieser institutionellen Verhältnisse.

Die Vorhalte, die Schmitt dem Normativismus macht, waren nicht neu, sie knüpfen an eingestandene Vorbilder – Maurice Haurious Institutionenlehre[89] – wie an durch Kritik verschleierte an, wie etwa die Freirechtslehre[90], insbesondere an Eugen Ehrlich. In dessen programmatischem Vortrag *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* von 1903 findet sich schon fast alles vorgezeichnet: Der Gegensatz heißt dort *Juristenrecht – Gesetzesrecht* und wendet sich entschieden gegen die Vorstellung »im Rechte ein vollständiges System von Rechtsvorschriften zu erblicken, in dem jeder auch nur denkbare Rechtsfall vorbedacht und vorentschieden ist«[91].

Interessant ist der Gedanke, der auch für Schmitts Perspektive bestimmend ist, daß die heute so selbstverständliche Auffassung, Recht habe es vor allem mit der Anwendung vorgegebener Normen zu tun, eine relativ späte Errungenschaft darstellt – man könnte sagen, ein Kind der zunehmenden Ausdifferenzierung des Rechts vom 12. Jahrhundert an bis in die frühe Neuzeit[92], konkret eine Folge der Rezep-

---

86 A.a.O.

87 A.a.O.

88 A.a.O. S. 20.

89 A.a.O. S. 21; dazu Roman Schnur in seiner Einführung zu ›Maurice Hauriou, Die Theorie der Institutionen‹.

90 Dazu allg. O. Behrends – Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken.

91 Eugen Ehrlich – Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, S. 174.

92 »Das Gesetz ist viel jünger als das Gewohnheitsrecht und das Juristenrecht und wohl überall eine ziemlich späte Erscheinung.« A.a.O. S. 183. Gegen die Vorstellung einer evolutiven ›Ausdifferenzierung‹ von Recht i.S. eines gesetzespositivistischen Modells, vor allem in der Darstellung, die Niklas Luhmann die-

tion[93]: »Die Rezeption des römischen Rechts hatte überall eine einschneidende Änderung zur Folge. Jetzt kommt erst der Grundsatz auf, daß eine jede Entscheidung sich aus bereits festgelegten Regeln des geltenden Rechts ergeben muß, daß sie eine Schlußfolgerung sein muß in einer logischen Reihe, in der eine Rechtsregel den Obersatz, der Rechtsfall den Untersatz bildet«[94]. In der Zugrundelegung dieser Vorstellung für das Rechtsleben weiter zurückliegender Epochen müßte daher eine unzulässige oder mindestens unangemessene Projektion liegen oder aber der bewußte Einsatz eines Instruments soziologischer Rechtstheorie, die auf eine abstrakte Strukturbeschreibung ausgeht ohne Bezug auf das zeitgenössische Selbstverständnis.

Der Gegenbegriff zum ›Gesetzesrecht‹ ist für Eugen Ehrlich das ›Juristenrecht‹. Dieses bringt, vor allem in seiner römischen Gestalt, bis mit der justinianischen Kodifikation die Suggestion der möglichen Beseitigbarkeit aller Zweifelsfälle durch das Medium der Schrift in die Welt tritt, ein ganz anders geartetes Rechtsverständnis zum Ausdruck: das Juristenrecht ist seinem Wesen nach Belehrung – wechselseitige Belehrung durch einer gewissen *prudentia* teilhaftige Rechtsgelehrte – die Gesetzesnorm dagegen ist Befehl an den Richter[95]. Richter ist hier der beamtete Richter. Hinter der Belehrung steht eine andere Art von Bewegkraft: *auctoritas* und nicht *potestas*, wie sie im Befehl steckt. Nach Ehrlich bleibt dieses Moment auch unter den Bedingungen des Gesetzesrechts subkutan wirksam: »Juristenrecht bleibt schließlich Juristenrecht, auch wenn es in Paragraphen gefaßt und von einer Volksvertretung beschloßen wird […]«[96]. In Kelsens Zwangsnormtheorie des Rechts hingegen kommt das gewandelte Verständnis der Rechtsnorm deutlich zum Ausdruck; nicht an den rechtsunterworfenen Bürger unmittelbar richtet sich der Befehl, sondern an Richter und Zwangsvollzugsorgane[97]. Der Wille des Staates kann nur auf sich

---

sem Prozeß gibt, spricht sich Joachim Rückert aus; ders. – Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive.

93 Vgl. D. Willoweit – Rezeption und Staatsbildung im Mittelalter.

94 E. Ehrlich, a.a.O. S. 174 f. Der Begriff der Rechtsfindung wird durch den der Normanwendung abgelöst: »In diesem Sinn darf man wohl sagen, die Rezeption liege darin, daß man es nicht mehr notwendig hatte, Recht zu finden, seit man gelernt hat, es anzuwenden.« A.a.O. S. 176.

95 Für eine die Gegnerschaft zum Gesetzesrecht weniger scharf kontrastierende Auffassung des Juristenrechtes siehe P. Koschaker – Europa und das römische Recht, S. 188 ff.

96 E. Ehrlich, a.a.O. S. 184.

97 Bei Ehrlich heißt es dazu: »Vom eigentlichen Beamtenstandpunkte aus ist aber das Recht nichts als ein Befehl des Staates an seine Beamten. Nicht als ob das Recht in seinen Wirkungen tatsächlich über das Beamtenheer nicht hinausreichen sollte, […] aber man gelangt zu dieser Erkenntnis auf einem ziemlich verwickelten Wege: die Bevölkerung fügt sich der Norm, weil sie dazu vom staatlichen Beamtenheer verhalten wird, oder würde verhalten werden, wenn sie sich dagegen vergehen wollte.« E. Ehrlich, a.a.O. S. 177.

selbst gerichtet sein, auf das Handeln der Staatsorgane, so lautet das Argument[98] – und erst von dort her bekommt KELSENS Insistieren auf die Überflüssigkeit der ›Sekundärnorm‹ seinen Sinn. Bei CARL SCHMITT lautet der bei EHRLICH angelegte Gedanke dann: »Die Neigung zu dieser Art Rechtswissenschaft tritt namentlich dann auf, wenn eine abgeschlossene Kodifikation als ›positive‹ Norm und ›positives Recht‹ für staatlich beamtete Berufsrichter und auf die Denkweise eines solchen Richtertums sich einstellende Anwälte maßgebend wird«[99]. SCHMITT nimmt den Kerngedanken einer kategorialen Wandlungsfähigkeit – gleichsam eines Paradigmenwechsels – des Rechtsbegriffs auf und fügt ihn in einen Aufriß der geschichtlichen Entwicklung des neuzeitlichen Territorialstaates: »Erst auf dem neuen Boden einer durch diesen Staat bewirkten öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung verbreitet sich dann, in der größeren Stabilität des 18. Jahrhunderts, ein mehr normativistisches Vernunftrecht, das den absoluten Dezisionismus zurücktreten läßt und alle natürlichen Ordnungen in Normen und individualistischen Vertragsbeziehungen auflöst, bis er schließlich im 19. Jahrhundert in den positivistischen Regel-Funktionalismus einer bürgerlich-individualistischen Verkehrsgesellschaft einmündet«[100]. Der Staat, dieses Bollwerk gegen den religiös motivierten Bürgerkrieg, der kraft der souveränen Dezsion des absoluten Monarchen bezwungen wird, wird in SCHMITTS Sicht der Dinge durch diesen Regel-Funktionalismus unterminiert, so lange, bis er seine friedensstiftende Aufgabe nicht mehr erfüllen kann.

Die auch in jüngerer Zeit von Rechtstheoretikern vertretene Auffassung, der Rechtsbegriff – insbesondere der dem Subsumtionsmodell zugrunde liegende – bedürfe historischer Differenzierung[101], führt bei EHRLICH und SCHMITT zur Wieder-

---

98 Siehe O. Weinberger – Revision des traditionellen Rechtssatzkonzeptes, S. 57.

99 C. Schmitt – Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S. 30.

100 A.a.O. S. 42.

101 Siehe z.B. G. Otte: »Das Subsumtionsmodell ist oft als das Modell der Rechtsanwendung schlechthin aufgefaßt worden. [...] Diesen ›Alleinvertretungsanspruch‹ des Subsumtionsmodells kann man als das Resultat einer ›traditionellen Rechtssatztheorie‹ verstehen. Man sollte sich aber darüber im klaren sein, daß diese Tradition kein ehrwürdiges Alter hat. In der heutigen rechtstheoretischen Diskussion werden, weil sich an ihr zu selten rechtshistorisch informierte Diskussionspartner beteiligen, geschichtliche Modelle und Zusammenhänge meist übersehen. Dabei böte das gemeine Recht, so wie es von der Jurisprudenz der Glossatoren bis hin zum usus modernus entwickelt wurde, reichliches Anschauungsmaterial für ein mehrschichtiges Rechtssystem. Vor der mit dem Inkrafttreten des Preußischen Allgemeinen Landrechts (1794) einsetzenden Kodifikationswelle konnte niemand auf die Idee kommen, eine Rechtsordnung als bloße Summe subsumtionsfähiger Regelungen aufzufassen. Erst die Übertragung des cartesianischen Methodenideals auf das Recht, von Leibniz postuliert, von Christian Wolf[f] in der Naturrechtslehre und von dessen Schülern in der Lehre vom positiven Recht ›more geometrico‹ durchexerziert und schließlich eine Generation später von den preußischen Gesetzesverfassern in Paragraphen

belebung eines Rechtskonzepts, in dem der Regelbegriff in die zweite Reihe zurücktritt: »Es beruhen daher nicht die Entscheidungen auf den Rechtsregeln, sondern die Rechtsregeln werden aus Entscheidungen gezogen«[102], heißt es bei Ehrlich. Dazu beruft er sich auf Paulus (D 50, 17, 1): »*non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*«, ein Satz, der von ihm so interpretiert wird, daß die Bedeutung des Regeldenkens eine abkünftige sei und hinter die »freie Rechtsfindung« durch den gelehrten Richter zurücktreten müsse. Von auf dem Boden normativistischer Kategorien argumentierenden Positionen aus muß diese Vorgangsweise umgekehrt – wie es auch geschehen ist – als ›Kunstgriff‹ kritisiert werden, »das *ius quod est* nicht mehr als die Gesamtheit der in Betracht kommenden Normen der Rechtsordnung, also als vorweg festliegendes Recht im allgemeinen Sinne zu verstehen«[103], mit der sich anschließenden Warnung, daß »damit letztlich die Aufhebung jeder eigenständigen Ordnungskraft des Rechts«[104] erreicht sei – und nicht ohne einen Bezug auf das Unheil zu unterlassen, das 30 Jahre nach Ehrlichs Vortrag mit dem Nationalsozialismus hereingebrochen ist[105]. Sowohl das Juristenrecht als auch das konkrete Ordnungsdenken seien vom Gesetzespositivismus bloß zurückgedrängt worden, nicht aber gänzlich verschwunden, so lautet die Ehrlich und Schmitt gemeinsame These[106]. Die historisierenden Theorien beider zielen ab auf einen Wechsel im Voraussetzungsverhältnis von Ordnung und Regel, der in der Neuzeit sich ereignet habe und für den es jetzt (1903 bzw. 1934) an der Zeit sei, korrigiert zu werden.

Die Korrektur, die Schmitt 1934 vorgenommen wissen will, richtet sich in gewissem Sinne auch gegen seine eigene Position der Zwanzigerjahre, den berühmt-berüchtigten Dezisionismus von Schriften wie der *Politischen Theologie*, dem *Begriff des Politischen* oder auch der *Verfassungslehre*. Den Dezisionismus, der in unmittelbarem Gegensatz zum Normativismus steht, kennzeichnet nach Schmitt folgende Letztbegründungsstruktur:

> Den letzten Rechtsgrund aller rechtlichen Geltungen und Werte kann man juristisch in einem Willensvorgang, in einer Entscheidung finden, die als Entscheidung überhaupt erst

---

umgesetzt, hat die verengte Vorstellung ermöglicht, eine Rechtsordnung bestehe nur aus der Schicht der Regelungen.« G. Otte – Die Anwendung von Rechtsnormen mit und ohne Spielraum, S. 146 f.

102 E. Ehrlich, a.a.O. S. 180.

103 O. Behrends – Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken, S. 49 f.

104 A.a.O. S. 50.

105 »Das tief Bedenkliche dieser ohne innere Begrenzung auftretenden Lehre wurde kaum gesehen, zeigt sich aber in der NS-Zeit mit aller Deutlichkeit.« A.a.O.

106 C. Schmitt, a.a.O. S. 42 ff.

›Recht‹ schafft und deren ›Rechtskraft‹ nicht aus der Rechtskraft von Entscheidungs-Regeln abgeleitet werden kann. Denn auch eine der Regel nicht entsprechende Entscheidung schafft Recht. […] Für den Juristen des dezisionistischen Typus ist nicht der Befehl als Befehl, sondern die Autorität oder Souveränität einer letzten *Entscheidung*, die mit dem Befehl gegeben wird, die Quelle allen ›Rechts‹, d.h. aller folgenden Normen oder Ordnungen.«[107]

Auch der Dezisionismus hat den Rang eines ›ewigen Typus‹ juristischen Denkens[108]; seine spezifische Überlegenheit liegt im klaren Bewußtsein des Souveränitätsgedankens, aber auch der Dezisionismus erfährt im Lichte des konkreten Ordnungsdenkens eine durchaus ambivalente Beurteilung und Relativierung[109]. Merkmal jedes Dezisionismus ist es, die Unabhängigkeit der Entscheidung gegenüber der Regel zu unterstreichen, selbst im Falle einer ›regelkonformen‹ Entscheidung[110]. Darüber hinaus geht es um die Fähigkeit, durch eine *letzte*, nicht weiter abgeleitete Entscheidung Ordnung herzustellen und eine bestehende Unordnung effektiv zu beseitigen und mit dieser eine Verfassung bzw. Recht überhaupt zu fundieren, die die souveräne Dezision ausmacht[111]. Im Vordergrund steht die mitunter revolutionäre Situation der Inkraftsetzung einer ›historisch ersten Staatsverfassung‹ i.S.v. Hans Kelsen[112], mit der Thomas Hobbes' Prinzip des ›*auctoritas, non veritas facit legem*‹ als gleichsam faustischer Akt in Rechtswirklichkeit umgesetzt wird: ›Im Anfang war die Tat‹ – und nicht die Norm[113]. Hobbes ist ihm darum auch der – vor Schmitt selbst – entschiedenste Vertreter des Dezisionismus:

107 A.a.O. S. 25.

108 Zum Dezisionismus Schmitts V. Neumann – Vom Entscheidungs- zum Ordnungsdenken, S. 154 ff.

109 G. Meuter – Carl Schmitts ›nomos basileus‹ oder: Der Wille des Führers ist Gesetz, S. 6. C. Schmitt – Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S. 7.

110 »Daß es die zuständige Stelle war, die eine Entscheidung fällt, macht die Entscheidung relativ, unter Umständen auch absolut, unabhängig von der Richtigkeit ihres Inhalts und schneidet die weitere Diskussion darüber, ob noch Zweifel bestehen können, ab. Die Entscheidung wird im Augenblick unabhängig von der argumentierenden Begründung und erhält einen selbständigen Wert. […] Die Entscheidung ist, normativ betrachtet, aus dem Nichts geboren. Die rechtliche Kraft der Dezision ist etwas anderes als das Resultat einer Begründung.« C. Schmitt – Politische Theologie, S. 42.

111 »Dem Dezisionisten kommt es, wenn er Ordnung schafft, nicht darauf an, ob er recht hat mit seiner Deutung, die als die *seine* immer zugleich Entscheidung ist, sondern nur auf die Rechtskraft, auf das Inappellable seiner Entscheidung. Die Frage, ob er recht hat, existiert für ihn insofern nicht, als seine Entscheidung an keine vorausliegende Norm gebunden ist, die als Maßstab für das Rechthaben fungieren könnte. Der Souverän ist ein Modell des Unbedingten.« R. Groh – Arbeit an der Heillosigkeit der Welt, S. 223.

112 H. Kelsen – Reine Rechtslehre, S. 203 f.

113 C. Schmitt – Verfassungslehre, S. 75 ff.

> »Bei Hobbes wird die logische Struktur des Dezisionismus am besten deutlich, weil der reine Dezisionismus eine *Unordnung* voraussetzt, die nur dadurch in Ordnung gebracht wird, *daß* (nicht: *wie*) entschieden wird. Der entscheidende Souverän ist nicht etwa auf Grund einer bereits bestehenden Ordnung zuständig für die Entscheidung. Erst die Entscheidung, die an die Stelle der Unordnung und Unsicherheit des Naturzustandes die Ordnung und Sicherheit staatlichen Zustandes setzt, macht ihn zum Souverän und macht alles weitere – Gesetz und Ordnung – möglich. Für Hobbes […] ist die souveräne Entscheidung gesetz- und ordnungsschaffende staatliche *Diktatur* in und über der anarchischen Unsicherheit eines vor- und unterstaatlichen Naturzustandes.«[114]

Aus der Sicht des konkreten Ordnungsdenkens wäre zu entgegnen, daß allein durch den Umstand, daß die Dezision eine ›konkrete Unordnung‹ voraussetzt, der Primat der Ordnung vor der Dezision gewahrt bleibt. Das Verhältnis erinnert an die vielerei Konstruktionen eines rechtlichen Naturzustandes, die letztlich ebenso als Abstraktion von der Ordnung des staatlichen Ordnungszustandes und als negative Bezugnahme auf diesen Zustand sich erweisen – dies ist, zumindest implizit, Eigentümlichkeit aller Vertragstheorien des Rechts. Es wird hier von jenem staatlichen Ordnungszustand abstrahiert, den der Dezisionismus allererst begründen will. Die vorstaatliche Welt pauschal mit anarchistischer Unordnung gleichzusetzen ist historisch falsch und offenbart den unhistorischen konstruktiven Zug der Vertragstheorien. Erst dann befindet sich die alte vorstaatliche Welt in jener krisenhaften Unordnung, die durch souveränen Akt in ein absolutistisches Ordnungsgefüge umschlagen kann, wenn sie die künftige abstrakte staatliche Ordnung als *Möglichkeit* nach ihren politischen, rechtlichen, geistesgeschichtlichen, metaphysischen, aber auch wirtschaftlichen Bedingungen längst in sich trägt[115]. Es liegt vielmehr ein Wechsel des Ordnungstyps vor, weg von einer traditional bestimmten Gesellschaft hin zu einem modernen, aufgeklärten, souveränen Staatswesen, und selbst dieses Modell ist, gemessen an den realen historischen Vorgängen am Beginn der Neuzeit, viel zu idealtypisch gedacht. Zeit und Gesellschaft müssen ein allgemeines Bewußtsein hervorgebracht haben, das als Basis allgemein geteilter Ordnungsvorstellungen die souveräne Befehlsgewalt über abstrakte territorialstaatliche Gebilde allererst denkbar und akzeptabel macht. Die ›Recht‹ begründende Dezision ist also immer schon eingebettet in konkrete Ordnungsvorstellungen, deren Negation als Krise oder Unordnung sie zwingend voraussetzt. Der Naturzustand bei Hobbes gleicht darum auch viel weniger vorstaatlichen Verhältnissen als dem Zustand,

---

114 C. Schmitt – Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S. 28 f.

115 Vgl. R. Koselleck – Kritik und Krise.

der übrigbleibt, wenn von einer entwickelten staatlichen Gesellschaft die effektive Staatsgewalt weggedacht wird.

### *Die dialektische Grundstruktur des konkreten Ordnungsdenkens*

Gerade die Dreigliedrigkeit des Schemas von Norm, Dezision und Ordnung hat zu Deutungen in der Tiefenstruktur inspiriert. So geht Günter Meuter in seiner Analyse des schmittschen Modells nicht von einem gleichberechtigten Nebeneinander von juristischen Denkarten aus, sondern von einer dialektischen Struktur: »Als den polemischen Kontrapunkt zum Positivismus, aber auch als das dialektisch aufhebende *höhere Dritte* zum Dezisionismus und Normativismus offeriert Carl Schmitt 1934 das ›konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken‹ [...] Diese Art des rechtswissenschaftlichen Denkens ist für Schmitt das *höhere Dritte*, das den unpersönlichen Normativismus und den persönlichen Dezisionismus dialektisch, d.h. im Hegel'schen Sinne aufhebt«[116]. Wie ist das zu verstehen? Welche Art Dialektik soll in Schmitts Trias wirksam sein?

Wenn Günter Meuter mit dem Ausdruck ›Dialektik‹ wenig verwunderlich zugleich den Namen Hegels anspricht, so muß doch vorab – wie schon ein oberflächlicher Vergleich der einschlägigen Schriften beider deutlich macht – die vielleicht manchem sich aufdrängende Erwartung enttäuscht werden, die in der schmittschen Begriffstrias allenfalls auffindbare Dialektik könne jene sein, die auch Hegels *Grundlinien der Philosophie des Rechts* zugrunde liegt, und das nicht so sehr, weil nach Schmitts Diktum Hegel oder zumindest der »hegelsche Beamtenstaat« am 30. Jänner 1933 in Deutschland gestorben sei[117]. Das Verhältnis der Begriffe Norm, Entscheidung, konkrete Ordnung bzw. der im dritten genannten Begriff aufzuhebende Widerspruch der ersten beiden ist *nicht* gleichzusetzen mit der in der Einheit von Recht/Moralität/Sittlichkeit von Hegel behandelten Dialektik. Schon der Ausgangspunkt ist grundverschieden. Hegel geht es um die menschliche Freiheit und ihre konkrete Entfaltung[118], und wenn diese sich als vom inwendigen Widerspruch getriebenes Fortschreiten vom abstrakten Recht über die Moralität zur Sittlichkeit

116 G. Meuter, a.a.O. S. 9. Vgl. V. Neumann – Vom Entscheidungs- zum Ordnungsdenken, S. 160.

117 C. Schmitt – Staat, Bewegung, Volk, S. 31 f.

118 »Die Entfaltung der menschlichen Freiheit ist die Lehre vom Recht als Recht, Moralität und Sittlichkeit. Diese Entfaltung kann, wenn sie nicht in der Sphäre des Gedankens bleiben soll, nur innerhalb der Geschichte des Menschen vor sich gehen.« B. Liebrucks – Recht, Moralität und Sittlichkeit bei Hegel, S. 16; zu Hegels Freiheitsbegriff in der *Rechtsphilosophie* siehe auch Th. Kobusch – Die Entdeckung der Person, S. 158 ff.

darstellt, dann ist das nicht unmittelbar jener Widerspruch, der im Verhältnis von Norm und Entscheidung bzw. in den verabsolutierenden Positionen des Normativismus bzw. Dezisionismus aufzuspüren sein müßte, um mit Recht von einem dialektischen Begriffsverhältnis sprechen zu können. SCHMITTS Argumentation ist ganz und gar nicht von der Freiheit des Einzelnen geleitet, eher schon findet man Begründung für das Gegenteil, für staatliche Repression[119] – und wenn Freiheit von ihm thematisiert wird, dann in ganz undialektischer Weise die der freien politischen Entscheidung des Souveräns; konkret heißt das: Freiheit ist die politische Handlungsfreiheit einer starken Regierung[120].

Die ›Freiheit‹ in HEGELS *Rechtsphilosophie* ist hingegen die über Recht, Moralität und Sittlichkeit zugleich konkret geschichtlich sich entfaltende Freiheit der *Person*; in der Sphäre des abstrakten Rechts ist es die Freiheit der Rechtsperson und des rechtserheblichen Willens[121]. Die erste abstrakte Erscheinungsform der Willensfreiheit ist dabei die Willkür. Das abstrakte Recht gliedert sich bei HEGEL als fortschreitende innere logische Entwicklung in Eigentum, Vertrag und Unrecht. Der dabei angeschlagene Unterton hält sich ganz im Zivilrechtlichen, weshalb eine Gleichsetzung von HEGELS abstraktem Recht und SCHMITTS juristischer Denkart des Normativismus sich ganz verbietet; eine Gemeinsamkeit liegt allenfalls darin, daß HEGEL beim abstrakten Recht von ›Recht‹ erst auf dem Niveau von Gesetzen sprechen will. Die Stufe des abstrakten Rechts stellt in HEGELS Augen etwas – vor allem im Hinblick auf die Stufe der Moralität – zwar Notwendiges, aber doch sehr Unvollkommenes dar, was sich besonders an seiner Vertragslehre zeigt, die schrankenlose Vertragsfreiheit nicht kennt und in der der Vertragsform als solcher, nicht erst ihrem

119 Dazu instruktiv, wenn auch ein Frühwerk, C. Schmitt – Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen: Schmitt spricht dort vom »Staat als eine überindividuelle, nicht interindividuelle Instanz, die ihre Würde keiner Schilderhebung der Einzelnen verdankt, sondern ihnen mit originärer Autorität gegenübertritt« (S. 85); Zweck des Staates ist die Realisierung der ›Rechtsidee‹, der Einzelne bedeutet darin nur so viel, »als er Beamter ist« (S. 91); »Somit ist nicht der Staat eine Konstruktion, die Menschen sich gemacht haben, er macht im Gegenteil aus jedem Menschen eine Konstruktion.« (S. 93); »Der Staat ergreift das Individuum und fügt es seinem Rhythmus ein.« (S. 94); der Staat bewirkt eine »Umschmelzung des Einzelnen« (S. 94); »Das Recht [...] geht daher auch dem Individuum vor, [...] es hat seinen Ursprung nicht in dem Meinen eines Einzelnen als solchen.« (S. 98); »Von der Freiheit des Individuums zu sprechen, an der der Staat seine Grenze habe, ist mißverständlich.« (S. 99); vgl. M. Pilch, a.a.O. S. 41 f. bzw. S. 51 f.

120 »Die Anerkennung der Mannigfaltigkeit eigenwüchsigen Lebens würde aber sofort wieder zu einer unglücklichen pluralistischen Zerreißung des deutschen Volkes nach Konfessionen, Stämmen, Klassen, Ständen und Interessentengruppen hinführen, wenn nicht ein *starker Staat* das Ganze der politischen Einheit über das Vielgestaltige hinaushebt und sichert.« C. Schmitt – Staat, Bewegung, Volk, S. 33.

121 Vgl. K. Larenz – Hegels Dialektik des Willens und das Problem der juristischen Persönlichkeit.

Mißbrauch, das Moment des Unrechts innewohnt. Recht im eigentlichen Sinn bei Hegel (Bruno Liebrucks verwendet dafür in seinem Kommentar zur *Rechtsphilosophie* zur Unterscheidung den Ausdruck ›RECHT‹ in kapitalen Lettern[122]) ist erst die umfassende dialektische Einheit von *abstraktem Recht*, *Moralität* und *Sittlichkeit*, also jene Einheit, die nach dem, was oben im zweiten Kapitel über den mittelalterlichen Rechtsbegriff zu lernen war, einen Begriff von konkreter Ordnung als jener noch nicht differenzierten integralen Einheit von Sollensvorstellungen bieten könnte, die sich in weiterer Folge nach dem Ausklang des Mittelalters in Rechtssysteme, Moralsysteme und Sittlichkeitsvorstellungen[123] ausdifferenziert hat.

Hegel beschreibt aber gerade keinen derartigen Übergang von einer ungeschiedenen, für vorstaatliche Gesellschaften typischen Einheit von Recht/Moralität/Sittlichkeit zu einer staatlich-differenzierten mit je eigenen Normensystemen. Soweit das abstrakte Recht von ihm mit dem Römischen Recht gleichgesetzt wird, gerät ihm dieses derart abstrakt, daß es den entschiedenen Widerspruch von Michel Villey hervorgerufen hat, der bemängelt, daß in Hegels Auffassung vom Römischen Recht die römische Rechtswelt völlig verfehlt werde, weil alle kompensierenden Momente moralischer und sittlicher Natur gänzlich ausgeblendet würden, die die Abstraktheit und Härte dieses Rechts (nimmt man es dem Buchstaben nach) in der konkreten Wirklichkeit milderten[124]. Ähnliche Vorbehalte äußert Peter Landau gegen Hegels Eigentums- und Vertragsbegriff[125]. Auch die römische Rechtswelt war konkrete Ordnung. Dafür findet sich bei Hegel kein Verständnis, und insofern ist er wenig geeigneter Anknüpfungspunkt für eine Rechtstheorie oraler Gesellschaften. Umgekehrt nimmt auch Schmitts Darstellung des konkreten Ordnungsdenkens, wie sie in *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* vorliegt, keine Rücksicht auf nicht durch Schriftlichkeit dominierte Rechtswelten – was nicht verwundert, sieht er sich doch nicht primär als Rechtshistoriker, sondern im politischen Kampf gegen Weimar. Aber immerhin bringt er genau jene Vorbehalte insbesondere gegen das normenzentrierte Denken zum Ausdruck, die eine Ausdehnung eines auf konkretem Ordnungsdenken beruhenden Gegenbegriffs vom Recht auf mittelalterliche Verhältnisse möglich und sinnvoll erscheinen lassen.

---

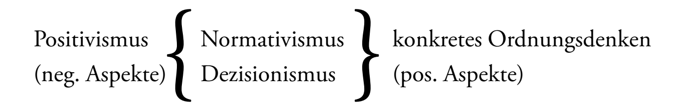
122 B. Liebrucks – Recht, Moralität und Sittlichkeit bei Hegel, S. 24 ff.

123 Unter Moralität sei hier dasjenige verstanden, was Personen als solche einander schuldig sind, unter Sittlichkeit Vorstellungen davon, wie richtiges Leben insgesamt einzurichten sei.

124 M. Villey – Das römische Recht in Hegels Rechtsphilosophie. Zu den altrömischen Verhältnissen vgl. R. Garré – Consuetudo, S. 33 ff. (mit weiterer Literatur).

125 P. Landau – Hegels Begründung des Vertragsrechts.

Welche Dialektik, wenn überhaupt, darf man dann erwarten, wenn nicht die aus HEGELS *Rechtsphilosophie*? Nach GÜNTER MEUTERS Analyse liegt im Text von 1934 eigentlich eine symmetrische vierkomponentige Struktur vor[126]. *Normativismus* und *Dezisionismus* haben – als reine Formen juristischen Denkens – sowohl Vorzüge, wie auch Nachteile aufzuweisen. Der *Positivismus* stellt dabei eine Mischform in der Kombination der jeweils negativen Eigenschaften dar, das *Konkrete Ordnungsdenken* hingegen der positiven[127]. SCHMITT spricht lediglich seine durch die Kombination der Vorzüge begründete Präferenz aus – von dialektischer Aufhebung sagt er nichts. Damit das Schema




dennoch als dialektisches Verhältnis gelten kann, muß eine spezifische Art Widerspruch in den einzelnen Denkarten bzw. deren Kombinationen aufweisbar sein. Sowohl der Normativismus als auch der Dezisionismus müssen *in sich* widersprüchlich sein, und das zudem in der Weise einer antinomischen Struktur, in der sie notwendig auf ihr Anderes verweisen. Verweist schon der Begriff der Norm als solcher hinsichtlich der Bedingungen seiner Existenz wie auch seiner Erkennbarkeit auf dieses ›Andere‹, die Entscheidung – hinsichtlich der Existenz in Gestalt des Gesetzgebers, sei es des positiven oder im Falle des Naturrechts des ›ewigen‹, hinsichtlich der Erkennbarkeit in der unabweisbaren Frage nach dem *quis interpretabitur*, der Frage danach, wer über die richtige Interpretation, den ›wahren‹ Inhalt einer Norm verbindlich entscheidet – so entgeht auch die extreme Position des Normativismus, also die Position, daß in letzter Konsequenz alles Recht aus Normen besteht, diesem Verweis nicht, wie sich am Beispiel von KELSENS Grundnorm demonstrieren läßt. Auf jeder Stufe positivierten Rechts findet sich die Voraussetzung einer jeweils höheren Stufe, die zur Setzung des Rechts niedrigeren Ranges ermächtigte, kulminierend in der höchsten greifbaren Stufe der Verfassung, die aber auch nicht aus sich selbst sich legitimieren kann, sondern auf die hypothetische Grundnorm als Voraussetzung verweist, deren Inhalt nichts anderes ist als der Imperativ, daß der Verfassung zu gehorchen sei. Dies

126 Es müßte konsequent also entweder von vier juristischen Denkarten die Rede sein oder von zweien, wenn man Mischformen ausschließt; Schmitt durchbricht die Symmetrie, indem er das konkrete Ordnungsdenken als ›vollwertige‹ juristische Denkart anerkennt, den juristischen Positivismus hingegen nicht.

127 G. Meuter, a.a.O. S. 10.

gilt insoweit – und an diesem Punkt wird der Normativismus von seinem Anderen wieder eingeholt –, so weit es sich um eine effektiv wirksame Rechtsordnung handle. Der gesuchte Widerspruch liegt in der Unausweichlichkeit der Verbindung im ultimativen Punkt der Rechtsbegründung, der eben nicht mehr selbst Norm ist, sondern notwendig auf etwas Tatsächliches verweist – die *faktische Wirksamkeit* der Rechtsordnung als ganzer. Dabei geht es gar nicht darum, dies als Ableitung eines Sollens aus einem Sein auslegen zu wollen – was der Normativist immer energisch bestreiten wird –, sondern um die Vergeblichkeit einer reinen normativen Rechtstheorie. Was am Ende zählt, ist die Entscheidung, die eine Verfassung effektiv in Kraft zu setzen vermag, der gegenüber die erkenntnistheoretisch motivierte hypothetische ›Grundnorm‹ zur gedanklichen Zutat verblaßt, um der Reinheit der Theorie willen.

Umgekehrt führt der Begriff der rechtlichen Entscheidung – will sie wirklich ›Recht‹ sein und nicht blanke Willkür – ihrerseits auf einen Maßstab, eine Rechtfertigung und damit eine Norm. Der *Dezisionismus* als Extremposition bestreitet die Gültigkeit dieses Zusammenhangs, indem er eine letzte Entscheidung (über die Verfassung als Ganze) als *creatio ex nihilo* postuliert, die das normative Begründungsverhältnis an einer bestimmten Stelle abschneidet. »Sie enspringt aus einem normativen Nichts«[128], wie Schmitt es charakterisiert. Der Wert der Entscheidung läge dann darin, daß überhaupt entschieden wird – aber die Verweisung auf den ›Wert‹ zeigt nur zu deutlich, daß ein letzter Rest des ›Anderen‹, d.h. des normativen Maßstabs, eben nicht tilgbar ist. Wenn zwei Begriffe sich gegenseitig ebenso ausschließen wie bedingen, ist das untrügliches Zeichen ihrer dialektischen Verbundenheit[129].

Als dialektisches Verhältnis deutbar wird das von Meuter herausgelesene Schema dann, wenn zugleich eine reflexionsphilosophische und eine dialektische Betrachtungsweise unterschieden werden. Methodisch bewegt man sich damit auf dem Boden nicht von Hegels *Philosophie des Rechts,* sondern auf dem seiner *Wissenschaft der Logik*, die als eine Art Metatheorie für logische Begründungsweisen gelesen werden kann[130]. Der Rechtspositivismus repräsentiert den reflexionsphilosophischen Standpunkt im Zusammendenken von Normativismus und Dezisionismus. In diesem Standpunkt ist das wirksam, was Hegel ›äußere Reflexion‹ nennt. Diese nimmt das Recht als vollständig in und durch Regeln erfaßbare Positivität, die potentiell allumfassend ist. Der Stufenbau der Rechtsnormen präsentiert sich dabei nach rechtspositivisitischer Lehre zugleich auch als Stufenbau von Willensakten (Dezisionen). Dieses generelle System von Normen und Dezisionen ist beherrscht

128 C. Schmitt – Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S. 28.
129 Vgl. M. Pilch – System des transcendentalen Etatismus, S. 45 ff.
130 Vgl. D. Henrich – Verständigung über Hegel, S. 8.

von der metarechtlichen Geltung rechtslogischer Inferenzregeln, deren wichtigste, die normenlogische Subsumtion, den Stufenbau ermöglicht und stabilisiert. Es ist im rechtspositivistischen Modell gleichermaßen zulässig, zu behaupten, alles im Recht beruhe auf Willensakten, wie zu sagen, alles beruhe auf Regeln und deren Wechselwirkung. Wenn der Positivismus, wie SCHMITT schreibt, »die gesetzliche Normierung mit dem Recht [identifiziert … und] statt des Rechts nur noch die normativ fixierte Legalität«[131] kennt, so kommt der Kombinationscharakter darin deutlich zum Ausdruck, daß die abstrakte Rechtsregel, der zu folgen sei, sich gleichzeitig als nichts als menschliche Setzung erweist: »Der Positivist […] unterwirft sich – dezisionistisch – der *Entscheidung* des jeweilig im Besitz der staatlichen Macht stehenden Gesetzgebers, weil dieser allein die tatsächliche Erzwingbarkeit verschaffen kann; aber er verlangt gleichzeitig, daß diese Entscheidung fest und unverbrüchlich als Norm weitergelte, d.h. daß auch der staatliche Gesetzgeber sich dem von ihm aufgestellten Gesetz und dessen Auslegung unterwerfe«[132].

In der dialektischen Betrachtungsweise sinken beide Denkformen, Normativismus und Dezisionismus, zu bloßen Momenten innerhalb des konkreten Ordnungsdenkens herab[133], *quasi* als Limes jener Denkbewegung, in der Regel und Entscheidung zu Momenten an der konkreten Ordnung werden. Sie sind deswegen nicht bedeutungslos, aber sie verlieren ihren fundierenden bzw. absoluten Charakter und sind stets in Bezug auf ihre Stellung innerhalb der Ordnung zu sehen, die darum zurecht als das ›höhere Dritte‹ aufgefaßt werden kann. Keine menschliche Ordnung kann für ihr Weiterbestehen auf Regeln und Entscheidungen gänzlich verzichten. Die Ordnung ist aber als ganze genommen zugleich das Maß und der bedingende Rahmen, von dem Regel und Entscheidung nicht isoliert werden können.

So behält der Normativismus einen relativen Wert, aber nur im Hinblick auf die besonderen Bedingungen einer vorgegebenen Ordnung, SCHMITT nennt sie die ›normale Situation‹[134], die gegeben sein muß, die der Norm ihren Rahmen und damit Sinn und Anwendbarkeit verleiht: »Die Normalität der konkreten, von der Norm geregelten Lage […] ist also nicht nur eine äußerliche, rechtswissenschaft-

---

131 C. Schmitt – Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S. 30.

132 A.a.O. S. 35.

133 »Die These, wonach dem Dualismus von rein faktischem Sein und normativem oder arbiträrem Sollen raumgebundene Ordnungen und überpersönliche Institutionen als sinngeprägte Ideengefüge vorausliegen, ist das Grundaxiom von Schmitts konkretem Ordnungsdenken.« G. Meuter, a.a.O. S. 17.

134 »Wir wissen, daß die *Norm* eine *normale* Situation und *normale* Typen voraussetzt. Jede Ordnung, auch die ›Rechtsordnung‹, ist an konkrete Normalbegriffe gebunden, die nicht aus allgemeinen Normen abgeleitet sind, sondern solche Normen aus ihrer eigenen Ordnung heraus und für ihre eigene Ordnung hervorbringen.« C. Schmitt – Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S. 22 f.

lich außer Acht zu lassende Voraussetzung der Norm, sondern ein inneres, juristisches Wesensmerkmal der Normgeltung und eine normative Bestimmung der Norm selbst«[135]. Es ist in praktisch-politischer Konsequenz darum die Aufgabe von jederlei Staat, »vor allem die normale Situation zu schaffen, ohne die jeder Normativismus ein Betrug ist«[136]. Die Auffassung vom Recht als Regelsystem hat also einen beschränkten Anwendungsbereich, wie wir es von physikalischen Theorien her kennen[137]. Der Anwendungsbereich ist das alltägliche Funktionieren des Rechts im Inneren des bürgerlichen Rechtsstaates[138]. Außerhalb dieses ›Definitionsbereiches‹, also etwa im Ausnahmezustand, im Bürgerkrieg, oder wenn es um die Fundierung des Rechts im Staat geht, versagt sie notwendig. An diesen Stellen hat die komplementäre Theorie des Dezisionismus die triftigeren Deutungen auf ihrer Seite[139], greift aber wiederum zu kurz, wenn es in geordneten staatlichen Verhältnissen darum geht, das spezifisch Rechtliche gegen die bloße faktische Macht abzugrenzen. Der Normativismus steht in einer *positiven* Beziehung zur konkreten Ordnung, insofern er stabile politische Verhältnisse voraussetzt, der Dezisionismus hat umgekehrt einen *negativen* Bezug zur konkreten Ordnung, die er als konkrete *Un*ordnung und Krisensituation zu seiner Voraussetzung hat. Gerade in diesem doppelten Bezug aufeinander und auf die vorausgesetzte Ordnung erweisen sich beide ›reinen Denkarten‹ als miteinander verschränkte, in der konkreten Ordnung aufgehobene Momente.

Der Widerspruch im Normbegriff, dem auch ein Gutteil der Ausführungen im ersten Teil der vorliegenden Arbeit gewidmet war, ist *sub specie* dieser Dialektik weder verwunderlich noch vermeidbar. Der Begriff der Norm erfährt seine Selbstaufhebung in dem Moment, in dem der in ihm liegende Widerspruch zu seinem Recht kommt. Carl Schmitt behandelt den Widerspruch im Normbegriff auf theoretischer Ebene allerdings an keiner Stelle seines Werkes. Aber er analysiert ausführlich seine politisch-

---

135 A.a.O. S. 23.

136 C. Schmitt – Legalität und Legitimität, S. 274.

137 Eine generelle Regel »erhebt sich nur in sehr beschränktem Maße, nur in einem ganz beschränkten Rahmen und nur bis zu einer gewissen bescheidenen Höhe über die konkrete Lage. Überschreitet sie dieses Maß, so trifft und betrifft sie nicht mehr den Fall, den sie regeln soll. Sie wird sinn- und beziehungslos.« C. Schmitt – Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S. 22 f.

138 »Um mit Hegel zu reden: für das Recht der bürgerlichen Gesellschaft – und seine Grundbegriffe Person, Eigentum, Vertrag und Vergeltung – paßt der normativistische Denktypus hervorragend, freilich unter der Voraussetzung, daß diese bürgerliche Gesellschaft (diese Verkehrsgesellschaft) auch als eine konkrete Ordnung besteht (deren Konkretheit aber gerade im Abstellen auf die abstrakten Beziehungen der Person – im Sinne des ›abstrakten Rechts‹ bei Hegel – liegt).« W. Schild – Konkretes Ordnungsdenken als Methode der Rechtshistorie, S. 150.

139 C. Schmitt – Politische Theologie, S. 18 f.

praktische Zwillingsgestalt, die ihre Wirkung auf der politischen Parallelebene zum Normativismus entfaltet, und zwar in der Figur der Selbstaufhebung des legalen Gesetzgebungsstaates, die in der Schrift *Legalität und Legitimität* von 1932 thematisiert und im darauffolgenden Jahr in Deutschland politische Realität wurde. Dem Widerspruch im Normbegriff soll daher im Gewand des Politischen nachgegangen werden.

In *Legalität und Legitimität* unterscheidet SCHMITT drei Typen von Staaten: (1) den Gesetzgebungsstaat, (2) den Regierungs- und Verwaltungsstaat und (3) den Jurisdiktionsstaat. Nicht nur die zeitliche Nähe der Entstehungszeit beider Schriften (1932 bzw. 1934), auch die dreigliedrige Systematik legt die Vermutung nahe, hier die politische Vorderbühne der den drei juristischen Denkarten korrespondierenden Staatsformen vor sich zu haben. Läßt sich hier eine solche Zuordnung vornehmen? Als ›Gesetzgebungsstaat‹ wird gemäß der Definition von SCHMITT »eine bestimmte Art politischen Gemeinwesens bezeichnet, dessen Besonderheit darin besteht, daß es den höchsten und entscheidenden Ausdruck des Gemeinwillens in *Normierungen* sieht, die Recht sein wollen [...]«[140]. Es ist sichtlich dieselbe im Normativismus verkörperte Idee, die den Gesetzgebungsstaat juristisch prägt; politisch ist es das Prinzip der Legalität als Legitimitätsform, die den parlamentarischen Gesetzgebungsstaat ausmacht und die selbst »eine spezifische Art Normativismus«[141] darstellt. Ebenso eindeutig scheint der Jurisdiktionsstaat mit seiner Dominanz der konkreten Fall-Entscheidung dem konkreten Ordnungsdenken zuordenbar: »Das Ethos des Jurisdiktionsstaates liegt darin, daß der Richter unmittelbar im Namen des Rechts und der Gerechtigkeit urteilt, ohne daß ihm von anderen, nichtrichterlichen, politischen Gewalten Normierungen dieser Gerechtigkeit vermittelt und auferlegt würden«[142]. Der Jurisdiktionsstaat setzt die ebenso unmittelbare wie lebendige Einheit von Recht, Gerechtigkeit und Vernunft voraus. Der ›Regierungs- und Verwaltungsstaat‹ ist schwieriger einzuordnen. Vom ›Regierungsstaat‹ heißt es, er stünde »am andern Gegenpol des Gesetzgebungsstaates [..., und fände] seinen charakteristischen Ausdruck im *hoheitlichen persönlichen Willen und autoritären Befehl* eines regierenden Staatshauptes«. Das klingt nach dem politischen Gegenstück zur reinsten Form des Dezisionismus. Die Gegenüberstellung weist dem Jusrisdiktionsstaat scheinbar eine intermediäre Stellung zu, in Wahrheit aber fällt dieser seinem Wesen nach aus dem dualen Schema heraus, wie ebenso der Verwaltungsstaat, »in welchem weder Menschen regieren, noch Normen als etwas höheres gelten, sondern nach der be-

140 C. Schmitt – Legalität und Legitimität, S. 263; vgl. V. Hösle – Carl Schmitts Kritik an der Selbstaufhebung einer wertneutralen Verfassung in ›Legalität und Legitimität‹, S. 5.

141 C. Schmitt, a.a.O. S. 270.

142 A.a.O. S. 268.

rühmten Formel ›die Dinge sich selber verwalten‹«[143]. Der ›Verwaltungsstaat‹ tendiert gleicherweise zu einer Art von konkretem Ordnungsdenken, wenn auch eine andere Gesellschaftsordnung als die des Jurisdiktionsstaates voraussetzend, im Kontext der für die Weimarer Republik typischen politischen Extremismen am ehesten eine im Stile des ›Totalen Staates‹ Ernst Forsthoffs[144]. Will eine exakte bijektive Zuordnung von juristischen Denkarten und Staatsformen also nicht recht gelingen, so gibt es doch deutliche konzeptionelle Parallelen. So korrespondiert der Satz, daß »zu jedem politischen Gemeinwesen sowohl Gesetzgebung, wie Jurisdiktion, Regierung und Verwaltung gehören«[145] aus *Legalität und Legitimität* strukturell auffallend der Behauptung »Alles rechtswissenschaftliche Denken arbeitet sowohl mit Regeln, wie mit Entscheidungen, wie mit Ordnungen und Gestaltungen«[146] aus den *Drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. In beiden Fällen wird eine Unterscheidung zwischen elementaren Formen und deren Bedeutung als (politische bzw. juristische) Fundierungskategorie getroffen. Die strukturelle Verwandtschaft erlaubt es nun, den Selbstwiderspruch des Normativismus in der Gestalt des Widerspruchs im sich selbst aufhebenden Gesetzgebungsstaat, dessen Aufweis Schmitt sich in *Legalität und Legitimität* vornimmt, wiederzuerkennen. Im Gesetzgebungsstaat gilt die formelle Gleichsetzung von Recht und Gesetz *qua* Parlamentsbeschluß[147]. Der Preis des als Sieg des Bürgertums im 19. Jahrhundert qualifizierten Legalitätsprinzips ist der Widerspruch zu den eben nicht nur formalen Momenten im Gesetzesbegriff: die Generalität des Gesetzes (Gesetz als Norm, die ›für alle‹ gilt) und der nichttilgbare Bezug auf materielle Gerechtigkeitsvorstellungen[148]. Nur unter der Voraussetzung der Konvergenz von Recht, Gesetz und durch das parlamentarische Verfahren gewahrter Gerechtigkeit macht nach Schmitt die Legalitätsideologie Sinn, was den formellen Legalitätsbegriff aber schon transzendiert. Für das parlamentarische Mehrheitsprinzip gilt darum, daß »ein materielles Gerechtigkeitsprinzip […] immer noch vorausgesetzt werden [muß], wenn nicht das ganze Legalitätssystem im gleichen Augenblick zusammenbrechen soll: das Prinzip der für alle denkbaren Meinungen, Richtungen und Bewegungen unbedingt gleichen Chance, jene Mehrheit

143 A.a.O. S. 265.

144 E. Forsthoff – Der totale Staat.

145 A.a.O.

146 C. Schmitt – Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S. 7.

147 »Recht = Gesetz, Gesetz = die unter Mitwirkung der Volksvertretung zustande gekommene staatliche Regelung.« C. Schmitt – Legalität und Legitimität, S. 276; vgl. ders. – Verfassungslehre, S. 151, bzw. G. Meuter, a.a.O. S. 23 ff.

148 »Gesetz im materiellen Sinn ist Rechtsnorm oder Rechtssatz, eine Bestimmung dessen, ›was rechtens sein soll für jedermann‹.« C. Schmitt – Legalität und Legitimität, S. 279.

zu erreichen«[149]. Darin offenbart sich die »logische Inkonsistenz eines formalistisch verstandenen Gesetzgebungsstaates«[150]: Entweder wird das formelle Legalitätsprinzip aufgegeben, indem Teile des Rechts gegen legale Änderungen immunisiert werden, z.B. durch erhöhte Quoren, was die Konsequenz einer Herrschaft der (Sperr-)Minorität über die Mehrheit mit sich bringt, oder ein solches System riskiert die Abschaffung der Legalität mit legalen Mitteln, wie es mit dem ›Ermächtigungsgesetz‹ historische Wirklichkeit geworden ist[151]. Die Legitimität der materiellen Bestandteile der Verfassung kann nicht allein aus der Legitimität des Verfahrens hergeleitet werden[152].

Dem Gesetzgebungsstaat sind immanente und inhaltliche Schranken gesetzt, deren ein Teil im materiellen Bestandteil der Verfassung explizit verortet ist. Das sind typischerweise jene Bestimmungen, die ›als Normen zu fassen‹ dem Rechtspositivisten Schwierigkeiten bereitet und die er geneigt ist, für überflüssig zu erklären (Sätze wie ›Das Recht geht vom Volk aus‹ u.ä.). Dennoch sind sie Ausdruck jener Ordnungsbedingungen, unter denen das Legalitätsprinzip allererst Sinn macht, und die ihrerseits über mehr als eine bloß verfassungspapierene Existenz verfügen müssen, eine substantielle Verankerung im politischen Selbstverständnis des Gemeinwesens[153]. Entscheidung und Norm befinden sich innerhalb des so definierten ›Verfassungsbogens‹ in einem subtilen Gleichgewicht, das gegen grobe Störungen umfassende Gegenreaktionen rechtlicher und nichtrechtlicher Art motivieren muß, insbesondere gegen Versuche, durch spitzfindige formale Auslegungsversuche den Sinn der Verfassung zu korrumpieren[154]. Im dialektisch aufgefaßten Modell

149 A.a.O. S. 285.

150 V. Hösle, a.a.O. S. 8.

151 »Die deutsche Revolution war legal, d.h. gemäß der früheren Verfassung korrekt.« C. Schmitt – Staat, Bewegung, Volk, S. 8.

152 »Man kann nicht – dies ist Schmitt unbedingt zuzugeben – der Ansicht sein, daß nur ein bestimmtes Verfahren Legitimität erzeuge, und gleichzeitig daran festhalten, daß bestimmte Normen auch vor einfachen gegen sie gerichteten Mehrheitsentscheidungen geschützt sein müßten. *Entweder* gibt es substantielle Werte, deren Geltung nicht von der Beliebigkeit von Mehrheitsentscheidungen abhängt und deren Schutz sich daher die Verfassung zu Recht vornimmt – dann aber ist die gängige ideologische Grundlage des Parlamentarismus, die rechtspositivistische Reduktion von Legitimität auf Legalität und von Legalität auf Mehrheitsentscheidungen der Volksvertretung, nicht akzeptabel. *Oder* man hält das Mehrheitsverfahren für die einzige legitimierende Instanz, da es keine davon unabhängigen Werte gebe – dann aber ist die Einführung einer zweiten, höheren Art von Normen, von *Grund*rechten nicht zu rechtfertigen.« V. Hösle, a.a.O. S. 12.

153 Schmitt spricht zugespitzt davon, daß »eine substanzielle Gleichartigkeit des ganzen Volkes vorausgesetzt werden [müsse]« (C. Schmitt – Legalität und Legitimität, S. 284).

154 Wie man das in Österreich im Jahr 2005 am Beispiel (zur Verhinderung ihrer Zweisprachigkeit) meterweise verrückter Ortstafeln anschaulich verfolgen konnte.

von SCHMITTS konkretem Ordnungsdenken liegt in dieser Stabilisierungsleistung der politische Wert des postulierten Vorranges der Ordnung vor ihren Momenten (Norm und Entscheidung)[155]. Dieser Vorrang begründet zugleich einen vom positivistischen durchaus abweichenden Rechtsbegriff als »Einheit von Recht, Sitte und Sittlichkeit«[156]. Das (positive) Recht ist Moment an dieser Ordnung in der Gestalt und im Zusammenspiel von Norm und Dezision.

Der Befund der logischen Widersprüchlichkeit des Normbegriffs bzw. des korrespondierenden formalen Legalitätsprinzips wird von VITTORIO HÖSLE ergänzt um die Feststellung, daß eine gleichartige Widersprüchlichkeit auch im Dezisionsbegriff zu finden sei, ein Ergebnis, das angesichts des dialektischen Begriffsbaus schon aus Symmetriegründen auftreten muß: »Ein diktatorischer Verwaltungsstaat – zumindest wie Schmitt ihn konzipiert – ist ebenso von der Selbstaufhebung bedroht wie ein Gesetzgebungsstaat, ja er ist selbst die größte Gefahr für jene substantiellen Werte, die Schmitt bewahrt wissen möchte«[157]. Der Widerspruch der Staatsform korrespondiert wieder dem Selbstwiderspruch im verabsolutiert gedachten Dezisionsbegriff. Zwar kann man durchaus zugeben, daß es Situationen gibt, in denen SCHMITTS Bonmot, es käme mehr darauf an, *daß* als *wie* entschieden werde, eine gewisse Griffigkeit nicht bestritten werden kann, doch kann diese nihilistische Qualität *(ex nihilo omnis)* nicht Eigenschaft schlechthin jeder rechtlichen Entscheidung sein. Ebenso kann die letzte alles Recht allererst begründende Entscheidung des Dezisionismus (*qua* juristischer Denkart), die als »Gesamtentscheidung über Art und Form der politischen Einheit«[158] ihre rechts- und verfassungsbegründende Kraft unmittelbar aus dem Politischen selbst bezieht, ihre Stabilität nicht aus sich selbst begründen[159]. Sie ist angewiesen auf zumindest soweit umfassend geteilte Auffassungen über das gemeinsame politische Wollen, daß sie Kräfte in den Dienst zu nehmen vermag, opponierende politische Gruppen effektiv niederzuringen. Auch hier ist es also eine allen rechtlichen Entscheidungen vorausgehende metaphysische, wirtschaftliche, sittliche, gesellschaftliche oder wie immer zu qualifizierende Ordnung, die unverzichtbar im Hintergrund steht.

---

155 In diesem Sinn ist Verfassung konkrete Ordnung; vgl. C. Schmitt – Verfassungslehre, S. 4 u. 403.

156 C. Schmitt – Was bedeutet der Streit um den ›Rechtsstaat‹?, S. 193 (bzw. Wiederabdruck S. 128); vgl. G. Meuter, a.a.O. S. 20.

157 V. Hösle, a.a.O. S. 27.

158 C. Schmitt – Verfassungslehre, S. 20.

159 »Vor jeder Normierung liegt eine grundlegende *politische Entscheidung des Trägers der verfassunggebenden Gewalt*, d.h. in der Demokratie des Volkes, in der echten Monarchie des Monarchen.« A.a.O. S. 23.

*Das konkrete Ordnungsdenken als doppelter Theorierahmen*

Um das dem Ringen um das Ende der Weimarer Republik fraglos fernstehende mittelalterliche Rechtsdenken im Modus des konkreten Ordnungsdenkens adäquat erfassen zu können, ist es nötig, ganz von den streitbaren Akzenten der SCHMITTschen Begriffsbildung abzusehen. Das konkrete Ordnungsdenken erlaubt sodann neben der dialektischen eine Lesart als *doppelter rechtswissenschaftlicher Theorierahmen*. Damit erhält die Theorie des konkreten Ordnungsdenkens einen handfesteren Zuschnitt, der zugleich von einem permanenten Bewußthalten der dialektischen Spannungsverhältnisse in ihr entlastet.

Als erster (innerer) Rahmen ist das ›Konkrete Ordnungsdenken‹, wie dargelegt, ein Deutungsmuster bzw. eine rechtswissenschaftliche Basiskategorie mit dem Anspruch auf Letztbegründung für Recht und steht als solche in ausschließender Konkurrenz[160] zu den anderen beiden von SCHMITT angeführten Deutungsmustern bzw. Letztbegründungen. Auf dieser Ebene der Gegenüberstellung herrscht völlige Symmetrie; es gibt – folgt man SCHMITT – keinerlei Auszeichnung hinsichtlich des »Selbstbehauptungswillens« oder der wissenschaftlichen Valenz, es liegen mit den drei Denkarten drei inkompatible Rechtsbegriffe vor, deren Vertreter einander in letzter Konsequenz die Wissenschaftlichkeit absprechen (müssen).

Wie WOLFGANG SCHILD bemerkt hat, zeigt die nähere Betrachtung, daß diese von SCHMITT suggerierte »analytische Gegenüberstellung der drei ewigen ›letzten Vorstellungen vom Recht‹ nicht so eindeutig verläuft«[161]. Es gibt nämlich Situationen, in der jede Deutung auch *sub specie* der anderen ihre begrenzte und relative Berechtigung hat: so (1) der Normativismus im parlamentarischen Verfassungsstaat mit institutionalisierter positiver Gesetzgebung, Instrumenten zur ›Normenkontrolle‹ und eingebürgerter Tradition, Recht als System zu verstehen. Voraussetzung ist jedoch das oben angesprochene politisch nicht ernsthaft bestrittene Bestehen einer ›normalen Situation‹, d.h. also einer bestimmten, das Funktionieren einer positivistischen Rechtsordnung ermöglichenden Ordnung. Ebenso hat (2) der Dezisionismus z.B. dann seine Berechtigung, wenn metaphysische Überzeugungen von der Überlegenheit der monarchischen Souveränität sich mit der faktischen Existenz absolutistischer Herrschaftsorganisation so verbunden sind, daß Theorien zur Rechtfertigung solcher absoluter Gewalt, etwa in Form von Vertrags- und Unterwerfungstheorien, Chance auf Akzeptanz haben. (3) ist schließlich in einer vormodern geprägten Welt,

160 Ausschließend, weil die »letzte, rechtswissenschaftlich gefaßte Vorstellung, […] immer nur eins« sein kann; C. Schmitt – Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S. 7.

161 W. Schild – Das konkrete Ordnungsdenken als Methode der Rechtshistorie, S. 148.

die zu einem abstrakten, alle Ordnungen durchdringenden positiven Rechtsbegriff nicht vorgedrungen ist und in gewachsenen, gewohnheitsmäßig bestimmten Strukturen lebt, das Modell von konkreten Ordnungen so weit plausibel, so weit in solchen Gesellschaften Mechanismen wie orales Gedächtnis oder rituell-symbolische Vergenwärtigungen strukturell dominieren.

Diese jeweils im Hintergrund stehenden und vorausgesetzten Ordnungsbedingungen sind Gegenstand des konkreten Ordnungsdenkens in seiner weitergefaßten Bedeutung als theoretischer Metarahmen: Unter diesem Blickpunkt gilt, »daß der Normativismus dem konkreten Ordnungsdenken nicht widerspricht«[162]. Recht (in letzter Instanz) als Norm zu fassen ist unter gewissen Ordnungsbedingungen sinnvoll, wodurch Recht aber erst recht als konkrete Ordnung sich erweist, nämlich eine, die ihrem *Selbstverständnis* nach Recht durch das Aufstellen und den Vollzug von Regeln charakterisiert. Ebenso entfällt der Widerspruch von Dezisionismus (als Theorierahmen) und konkretem Ordnungsdenken (als Metatheorierahmen) unter den geschichtlichen Bedingungen des absoluten Fürstenstaates. Freilich mit Einschränkungen. Einerseits bleibt natürlich der immanente Widerspruch des Normativismus bzw. Dezisionismus durchaus erhalten. Andererseits sind die Ordnungsbedingungen selbst stetem geschichtlichen Wandel unterworfen[163], sodaß bestimmte Deutungen des Rechts mit der Zeit an Plausibilität gewinnen oder verlieren können. Konkretes Ordnungsdenken als metatheoretischer Rahmen erkennt an, daß der Normativismus wesentliche Aspekte des Rechtsumgangs in der Phase der Herrschaftsform des bürgerlichen Rechtsstaates in erster Näherung korrekt beschreibt; der Normativismus, dem gleichwohl keine vollständige Beschreibung der zugrundeliegenden und ihn selbst bedingenden Ordnung gelingen kann, wird als Teil der Ideologie des bürgerlichen Rechtsstaates erkannt und trägt darum als Rechtsbegriff die Signatur des ›als ob‹. Strukturell entspricht dieses Verhältnis von Normativismus und konkretem Ordnungsdenken dem von Ronald Dworkins Theorie des Rechts als interpretativer Praxis zum Selbstverständnis dieser Praxis in einer Situation, in der die Rechtspraxis sich selbst wesentlich als Regelvollzug begreift: der Rechtspositivismus bleibt dann rechtfertigbar[164] als interpretativer Vorgang, der scheinbar von empirisch identifizierbaren Regeln bzw. Normen (dem Gegenstand der Rechtserkenntnis[165]) ausgeht, in Wahrheit aber die Regelorientierung schöpferisch aus dieser Praxis gewinnen kann, weil er sie als fest vorgegebene voraussetzt. Der Rechtspositivismus wäre dann

162 A.a.O. S. 149 f.

163 Vgl. dazu unten Kapitel 10, Unterkapitel *Ordnungskonfigurationen*.

164 Dazu A. Somek – Von der Rechtserkenntnis zur interpretativen Praxis.

165 Vgl. A. Somek – Der Gegenstand der Rechtserkenntnis.

als *erste Näherung* zu verstehen, die, um die Praxis insbesondere der Gerichte angemessen zu beschreiben, der Ergänzung um weitere *Korrekturglieder* bedarf, etwa der Differenzierung des Normbegriffs in Regeln und Prinzipien, oder aber der Revision spezifisch rechtspositivistischer Dogmen, wie die Annahme, Recht sei etwas Fertiges, dem Auslegungsprozeß als bestehend Vorausgesetztes, oder die strikte Trennung von Sein und Sollen.

Im Prinzip läßt sich mit der Unterscheidung von rechtlichem Theorierahmen (Normativismus, Dezisionismus, konkretes Ordnungsdenken) und Metatheorierahmen (abermals Normativismus, Dezisionismus und konkretes Ordnungsdenken) eine Matrix mit neun Kombinationen bilden, in der jede juristische Denkart im Hinblick auf jede andere und sich selbst interpretierbar wird. Auf dieser Ebene ist es aber – soweit ist SCHMITTS *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* eindeutig – mit der Symmetrie schon wieder vorbei. Als metatheoretischer Rahmen verbürgt für SCHMITT *allein* das konkrete Ordnungsdenken die richtige Auffassung vom Recht. Eine Deutung etwa der Selbstbeschreibung von Recht als konkreter Ordnung oder als Befehl, die auf der Metaebene wiederum als durch Regeln konstituiert betrachtet wird, ist ausgeschlossen[166].

SCHMITTS Begriffsbildung enthält eine bisher nicht behandelte Unterscheidung, die zwischen Ordnungs- und Gestaltungsdenken. Es liegt darin einerseits ein sachlich begründeter Gegensatz, insofern einer gewachsenen Ordnung eine durch *Ordnen* bewußt gestaltete Ordnung gegenübertritt. Was das Recht angeht, so kann mit diesen beiden Ordnungstypen der Übergang grob beschrieben werden, der ins 12. Jahrhundert mit dem (neuerlichen) Einsetzen von wissenschaftlichem Umgang mit Recht fällt. Läßt sich die nachantike Rechtswelt des ersten Jahrtausends unter dem Stichwort ›oral dominierte Rechtskultur‹ – insoweit bewußte Gestaltungen nicht oder nur bedingt wirksam wurden – dem Typus der gewachsenen Ordnung zuordnen, so liegen die spezifischen Innovationen des ausgehenden 11. und des 12. Jahrhunderts im Umgang mit Recht gerade im Ordnen und Gestalten[167] mit der langfristigen Wirkung, Recht als durch explizite Normsetzung veränderbar anzusehen und diese bewußte Rechtsetzung als Instrument politisch-sozialer Gestaltung

---

166 Friedrich August von Hayeks ›spontane Ordnung‹ oder Ota Weinbergers Institutionenlehre sind Beispiele dafür; vgl. dazu unten Kapitel 10, Unterkapitel *Theorieangebote an die Rechtsgeschichte: Luhmann, Hayek, Hart* bzw. O. Weinberger – Norm und Institution.

167 »Ordnung und Gliederung sind in allen Bereichen damals so etwas wie ein intellektuell-mentales Bedürfnis der Zeit.« H. Keller, R. Schneider – Rechtsgewohnheit, Satzungsrecht und Kodifikation in der Kommune Mailand vor der Errichtung der Signorie, S. 181; vgl. Ch.H.F. Meyer – Ordnung durch Ordnen.

zu nutzen. Schmitts als Einheit gedachtes konkretes Ordnungs- und *Gestaltungs*-denken kann aber nur auf den zweitgenannten Typus zielen und im hochpolitischen Kontext, in dem Schmitt schreibt, ist das auch so: Er schreibt im Angesicht der politischen Entscheidung für oder gegen Weimar und dessen liberale Verfassung. Schmitts Eintreten für den Vorrang des konkreten Ordnungsdenkens ist also selbst Ergebnis einer politischen Entscheidung (»denn jede Ordnung beruht auf einer Entscheidung«[168]). Insofern hat bei ihm also doch wieder der Dezisionismus das letzte Wort (er bildet gewissermaßen den theoretischen Tertiärrahmen) und es ist darum nicht falsch, Schmitt eine Kontinuität in der dezisionistischen Grundeinstellung zuzuschreiben[169]. Die politische Entscheidung, um die es ihm existentiell geht, ist die zwischen dem Nationalsozialismus (der als politische Theorie von Anfang an die konkrete Ordnung *verfehlt*, weil ein bewußtes Herstellen von Ordnung, die doch eine gewachsene sein soll, ein Unding ist, wie die romantische Inszenierung künstlicher Ruinen) und dem bürgerlichen Rechtsstaat (der die Bedeutung der konkreten Ordnung *verkennt* und als seinen blinden Fleck verkennen muß). Die Vorstellung einer bewußten ›Gestaltung‹ einer konkreten, gewachsenen sozialen Ordnung hat etwas Widersinniges an sich. Zwar mag man einräumen, daß charismatische Personen auch unter diesen Bedingungen prägend und nach eigenen Vorstellungen gestaltend wirken können, insgesamt werden solche Gesellschaften aber gegen bewußte Veränderung eine ablehnende und konservative Haltung einnehmen; es fehlt auch wahrscheinlich am normativen Instrumentarium für innovative ›Gestaltung‹. Im übrigen hat auch die nationalsozialistische Rechtstheorie, der Schmitt mit seiner Begriffsbildung zweifelsohne zuarbeiten wollte, hier keinen Kategoriensystemwechsel vollzogen – wie Jürgen Weitzel am Beispiel der Reichserbhofrechtgesetzgebung gezeigt hat[170] –, sondern das Schlagwort ›konkrete Ordnung und Gestaltung‹ lediglich als Instrument zur Unterminierung ›bürgerlichen Rechtsdenkens‹, insbesondere der Vertragsautonomie des BGB, verwendet. Betont das Ordnungsdenken die Bedeutung gewachsener Strukturen, die sich im eigentlichen Sinn einer bewußten willentlichen Gestaltung entziehen, stellt das Gestaltungsdenken umgekehrt das aggressive Moment dar[171]. Letzteres steht dann allen ideologischen Bedürfnissen offen.

---

168 C. Schmitt – Politische Theologie, S. 16.

169 »Das Hochspielen des Begriffs der Ordnung als *Voraussetzung* von Entscheidungen verschleiert nur, daß es dem Dezisionisten Schmitt in erster Linie auf den immer wieder beschworenen Antagonismus von *Lex* und *Rex*, von Normativismus und Dezisionismus ankam und daß seine eigene Option politisch-theologisch begründet war.« R. Groh – Arbeit an der Heillosigkeit der Welt, S. 229.

170 J. Weitzel – Sonderprivatrecht aus konkretem Ordnungsdenken, insb. S. 61.

171 »Der Staat ist als Mittel organisierter Macht berufen, die neue konkrete Ordnung dort, wo sie schon besteht, zu sichern und sie dort, wo es dessen noch bedarf, durch Gestaltungen herzustellen. Man ver-

Das ›konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken‹ des Jahres 1934 ist insofern ein politischer Begriff, an den der Maßstab von SCHMITTS *Begriff des Politischen* zu legen ist[172]: *konkret* war einzig der politische Umsturz, in dem er seine Wirkung entfalten sollte.

Für frühmittelalterliche Verhältnisse ist allein der Begriff des Ordnungsdenkens von Interesse, sofern damit ein relativierender Einfluß auf das Regeldenken als Basiskategorie erreicht werden kann, der Begriff des Gestaltungsdenkens ist überflüssig und auch ganz und gar unpassend. Dort, wo mittelalterliche Herrscher zu bewußter ordnungsverändernder Gestaltung sich berufen gefühlt haben – wie z.B. in der karolingischen Kapitulariengesetzgebung –, sind diese rationalen Gestaltungen allzubald wieder von mehr oder minder urwüchsigen Ordnungen verdrängt worden. Es gibt kein künstliches Herstellen und Anordnen konkreter Ordnungen – diese werden entweder gelebt, oder eben nicht.

Diese Situation ändert sich mit dem 12. Jahrhundert und seinem wiedereinsetzenden wissenschaftlichen Umgang mit Recht, indem dieses theoretisch wie praktisch eine wesentliche Rationalisierung erfährt[173]. Recht als konkrete Ordnung ist darum selbst nichts Statisches, nichts Unwandelbares – im Gegenteil: Konkrete Ordnung ist hier der Inbegriff jener Bedingungen, unter denen Recht erfolgreich als prinzipiell konsistente Praxis gedeutet werden kann; diese Bedingungen sind wandelbar und haben sich in der europäischen Geschichte auch laufend gewandelt; SCHMITTS Beitrag zur Rechtstheorie war es, drei Haupttypen solcher Deutungen herausgearbeitet zu haben.

Es kann an dieser Stelle nicht der Versuch unternommen werden, die breite Diskussion um die ›Wasserscheide‹ des 12. Jahrhunderts[174] oder die ›Renaissance des 12. Jahrhunderts‹[175] aufzurollen, es soll vielmehr der Versuch angeregt werden, die doch vielfach angenommene Epochenschwelle, die zwischen dem späten 11. Jahrhundert und dem frühen 13. Jahrhundert angesetzt wird[176], vor dem Hintergrund

---

harmlost diese Theorie, wenn man sie, wie häufig geschieht, abgekürzt als ›konkretes Ordnungsdenken‹ zitiert, und die Gestaltung, das eigentlich aggressive Element ungenannt läßt.« O. Behrends – Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken, S. 59.

172 J.H. Kaiser – Konkretes Ordnungsdenken, S. 319 f.

173 K. Kroeschell – Deutsche Rechtsgeschichte I, S. 266.; vgl. B. Stock – Schriftgebrauch und Rationalität im Mittelalter, S. 169 ff.

174 K. Flasch – Das philosophische Denken im Mittelalter, S. 194; A. Angenendt – Geschichte der Religiosität im Mittelalter, S. 44.

175 Siehe z.B. die Beiträge in G. Wieland (Hrsg.) – Aufbruch, Wandel, Erneuerung.

176 Der zeitliche Ansatz divergiert durchwegs: Betonen manche Historiker die Ereignisse ab Mitte des 11. Jahrhunderts (Kirchenreform, Investiturstreit) als entscheidend für den Ordnungswechsel, so legen

des Wechsels der zugrundeliegenden Ordnungsmuster zu betrachten oder genauer: des Wandels im Verhältnis von *konkreter Ordnung* und *Gestaltung*.

Recht als konkrete Ordnung vor dem 11. Jahrhundert erscheint dann als Produkt des Übergangs von der Spätantike zum Frühmittelalter mit den typischen Merkmalen wie dem Rückgang an Schriftlichkeit bzw. der Änderung der Ausrichtung weg von pragmatischem Gebrauch (z.B. Verschwinden der Kursive bzw. der Privaturkunden[177]) hin zu größerer Zeremonialisierung (sichtbar am Beispiel der nie abgebrochenen Kette an Königsurkunden), verbunden mit einem Abbau an Verwaltungsorganisation und ›Staatlichkeit‹ und der Betonung persönlicher Rechtsbeziehungen. Recht wird in diesem Ordnungstypus durch Symbolhandlungen dominiert, in die auch der Schriftgebrauch integriert wird[178], Rechtsinterpretation wiederum ist am Paradigma Mündlichkeit und Gerichtsöffentlichkeit orientiert – im Zentrum steht nicht (mehr) der Text, sondern die öffentlich vollzogene kollektive Erinnerung[179]. Das Verhältnis von Ordnung und Gestaltung trägt traditionale, aus der Struktur heraus tendenziell konservative Züge[180]; Wandlungen nehmen den Weg über die Reinterpretation der Vergangenheit eher denn über die bewußte Neugestaltung. Dort, wo während der Karolingerzeit gestaltende Neuerungen durchgesetzt werden, durch Reform der Schrift[181], Spra-

andere die relevante Phase in das späte 12. oder frühe 13. Jahrhundert (vgl. H. Keller – Ordnungsvorstellungen, Erfahrungshorizonte und Welterfassung im kulturellen Wandel des 12./13. Jahrhunderts, S. 262 FN 13; ders. – Zwischen regionaler Begrenzung und universalem Horizont, S. 219 ff.); vielleicht ist es auch nur so, daß die bei aller Grundsätzlichkeit doch Langwierigkeit des Übergangs die transitorische Eigentümlichkeit des 12. Jahrhunderts begründet: »[…] seine enge Verbundenheit mit dem vorhergehenden und dem nachfolgenden Jahrhundert. Fast alles in ihm weist bereits auf das 11. Jahrhundert zurück und weist voraus in das dreizehnte! So kam es, daß viele Forscher das ›Schwankende‹, Zweideutige, Zwielichtige an ihm überbetonen und seine Leistungen teils dem 11., teils erst dem 13. Jahrhundert zuschreiben wollen.« F. Heer – Aufgang Europas, S. 17.

177 H. Keller – Schriftgebrauch und Symbolhandeln in der öffentlichen Kommunikation, S. 12 ff.

178 A.a.O. S. 14; H. Keller, Ch. Dartmann – Inszenierungen von Ordnung und Konsens, S. 203 ff.

179 J. Weitzel – Gewohnheitsrecht und fränkisch-deutsches Gerichtsverfahren, S. 70; ders. – Dinggenossenschaft und Recht, S. 1333 f.

180 »Das mittelalterliche Recht zeigt theoretisch absolute Beharrung, praktisch gemildert durch Vergeßlichkeit.« F. Kern – Recht und Verfassung im Mittelalter, S. 43.

181 Zur Reform der Schrift siehe B. Bischoff – Paläographie des römischen Altertums und des abendländischen Mittelalters, S. 151 ff. *(Die Vollendung und Durchsetzung der karolingischen Minuskel),* H. Keller – Die Entwicklung der europäischen Schriftkultur im Spiegel der mittelalterlichen Überlieferung, S. 190.

che[182], Liturgie[183], Musik[184], Klosterleben und Ordensstruktur[185], gelingt eine vergleichbare Nachhaltigkeit auf dem Feld des Rechts nicht. Echte Gesetzgebung bleibt die Ausnahme, Recht lebt weiterhin als Rechtsgewohnheit[186] im Medium kollektiver Erinnerung und in iterativen rituellen Vergenwärtigungsformen[187]. Recht als konkrete Ordnung von diesem holzschnittartig gezeichneten Typus ist überwiegend präreflexive Ordnung[188] und steht einer bewußten Gestaltung der Verhältnisse sehr verschlossen gegenüber. Das gilt sowohl für die soziale Ordnung im Ganzen als auch für den systematischen Umgang mit Recht, der auf kirchlicher wie weltlicher Seite auf, gemessen am 12. Jahrhundert, sehr bescheidenem Niveau bleibt: Einer in ihrem Willen zur inneren Ordnung so gestalterischen Leistung vom Schlage GRATIANS ist der frühmittelalterliche Ordnungstypus nicht zugänglich[189].

---

182 Faszinierend ist hier die von Rosamond McKitterick referierte These von Roger Wright, das gesprochene Latein des Mittelalters könnte einer Reform der Karolingerzeit sich verdanken, ganz analog der Einführung der Minuskel im Schriftwesen. Es hätte demnach nicht lange Zeit bilinguale Koexistenz von Latein mit den entstehenden romanischen Volkssprachen gegeben, sondern eine bewußte Reaktion auf das zunehmende Auseinanderklaffen von Aussprache und Schrift, die durch die reformerische Festsetzung rekonstruierter ›ursprünglicher‹ Aussprachereegeln bewältigt worden wäre mit dem Ergebnis, das nachmalige gesprochene Latein erschaffen zu haben. R. McKitterick – The Carolingians and the Written Word, S. 10 ff.

183 Zur Liturgiereform siehe J.A. Jungmann – Missarum Sollemnia Bd. 1, S. 95 ff. *(Die römische Messe im Frankenreich)* und S. 118 ff. *(Die römisch-fränkische Messe als neuer Grundtypus).*

184 H.H. Eggebrecht – Musik im Abendland, S. 15.

185 D. Geuenich – Kritische Bemerkungen zur sogenannten ›anianischen Reform‹ (mit weiterführender Literatur).

186 Siehe oben im Abschnitt II, Kapitel 5, das Unterkapitel *Zur Rolle und Bedeutung mittelalterlicher Gesetzgebung.*

187 Recht müssen deshalb nicht formelhafte Qualitäten wie ›Alter‹ oder ›Güte‹ zugeschrieben werden. Die zu formelle Auffassung dieser Hauptmerkmale bleibt der eigentliche Einwand gegen Fritz Kern, mit seinem Begriff vom ›guten alten Recht‹ sind aber immer noch wesentliche Einsichten in die Differenz von mittelalterlichem und modernem Recht verbunden; vgl. F. Kern – Recht und Verfassung im Mittelalter.

188 »Was auch immer ›Ordnung‹ im Zusammenhang mit menschlichem Recht bedeuten mag, man findet darüber kaum eingehendere Erörterungen im kirchlichen Rechtsdenken und in der Theologie der ersten elf Jahrhunderte.« Ch.H.F. Meyer – Ordnung durch Ordnen, S. 315.

189 Zum Verhältnis von Gratian zur vorangehenden Kanonistik P. Landau – Wandel und Kontinuität im kanonischen Recht bei Gratian. Auch Jörg W. Busch unterstreicht am Beispiel von Burchard von Worms und Regino von Prüm, daß sich die »vorreformerische ›Kanonistik‹ keineswegs darauf [beschränkte], die überlieferten Rechtssätze lediglich zu sammeln und übersichtlich darzubieten« (ders. – Vom einordnenden Sammeln zur argumentierenden Darlegung, S. 244). »Trotzdem bleibt der Eindruck, daß für die Redaktoren chronologischer wie systematischer Kollektonen bis zum 11. Jahrhundert das Sammeln im Vordergrund stand, während die Ordnung, gemessen an antiken oder modernen

Christoph H.F. Meyer wirft in diesem Zusammenhang zurecht die Frage auf, »ob der Befund einer vermeintlichen Unordnung gemessen an zeitgenössischen Vorstellungen überhaupt zutrifft«[190]. Wenn dieselbe Beobachtung auch für die sog. Volksrechte gemacht wurde, so liegt es nahe, die Frage zu verneinen und daraus die Konsequenz zu ziehen, den frühmittelalterlichen Ordnungskonzepten – angesichts des im Ganzen ja funktionsfähigen Rechtswesens – ihre eigene Rationalität zuzubilligen und auf das Anlegen moderner Maßstäbe zu verzichten. Die interne Ordnungsstruktur einer oralen Rechtskultur kann nicht dieselbe sein, wie die einer schriftzentrierten und schon gar nicht die einer zur fast vollständigen Verfügbarkeit von Recht und Verfassung gelangten positivistischen Rechtsordnung moderner Staatlichkeit.

Diese Situation beginnt sich grundlegend am Ende des 11. Jahrhunderts zu ändern mit dem Auftreten eines veränderten Ordnungstypus von Recht als *signum* einer in vielfachen Facetten spürbaren und auch terminologisch greifbaren ›Moderne‹[191] – als oftmals bemühte Stichworte mögen genügen: Kirchenreform, Investiturstreit, Reformorden, Kreuzzugsidee, Renaissance der Wissenschaften (Theologie, Philosophie, Jurisprudenz, Naturwissenschaft[192]), Entstehung der Universitäten, Aufkommen neuer Häresien, Innovation in Ökonomie und Handel, die kommunale Verschwörungsform der Stadt etc. All diese Phänomene und Prozesse sind begleitet und getragen von einem ungleich intensiveren Einsatz von Schriftlichkeit als in der Zeit davor, v.a. in ganz pragmatischer Verwendung[193]. Für das Recht bedeutet das,

---

Maßstäben, eine eher bescheidene Rolle spielte.« (Ch.H.F. Meyer, a.a.O. S. 321 f.); siehe auch H. Siems – In ordine posuimus; Harald Siems ortet bei Regino von Prüm eine spezifische Ordnungsleistung im Umgang mit dem normativen Stoff, die freilich ihre juristischen Grenzen hat: »Eine nähere Klärung, wie sich die angesprochenen Rechtsmassen, nämlich die neuen Regelungen der germanischen und gallischen Konzilien, die unterschiedlichen *consuetudines* und die *leges* und *decreta* der *patres*, zueinander verhalten, fehlt. Der scheinbar schon in der Luft liegende Gesichtspunkt einer Hierarchie von Normen, wie ihn später etwa Deusdedit entwickelt, wird nicht erörtert. […] Zur wichtigen, methodisch zu lösenden Frage, wie die maßgebliche Norm zu finden ist, gelangt Regino nicht.« (A.a.O. S. 75).

190 Ch.H.F. Meyer, a.a.O. S. 322.

191 Vgl. W. Freund – Modernus und andere Zeitbegriffe des Mittelalters, S. 58 ff.; W. Hartmann – ›Modernus‹ und ›antiquus‹; zu Manegold von Lautenbach als dem *modernorum magister magistrorum* ders. – Manegold von Lautenbach und die Anfänge der Frühscholastik, S. 49 ff.

192 Vgl. dazu z.B. B. Pabst – Atomtheorien des Lateinischen Mittelalters, S. 85 ff. *(Die Renaissance der Atomistik im 12. Jahrhundert);* A. Nitschke – Naturerkenntnis und politisches Handeln im Mittelalter; W. Stürner – Natur und Gesellschaft im Denken des Hoch- und Spätmittelalters.

193 Vgl. den Sammelband K. Grubmüller, H. Keller, N. Staubach (Hrsg.) – Pragmatische Schriftlichkeit im Mittelalter.

»die schriftliche, genau formulierte und deshalb auch genau anwendbare Norm tritt an die Stelle der ungenauen und stets nur durch Konsens reproduzierten Gewohnheit«[194]. Der neue Ordnungstypus tritt also in erster Linie als eine Schriftordnung in Erscheinung mit Konsequenzen für Logik und Systembildung. Das Recht ist von diesen Prozessen in doppelter Hinsicht betroffen, durch Änderung der *inneren* Gestalt, die zunehmend in eine (schrift-)rationale Ordnung übergeführt wird, und *äußerlich* durch den Verbreitung findenden Gedanken, Recht ließe sich durch autoritative Akte bewußt setzen[195]. Der Wandel betrifft an dieser historischen Schnittstelle nicht nur die Ordnungen selbst – die in allen Zeiten Veränderungen unterliegen – sondern auch die Ordnungsbegriffe und im Recht den Ordnungsrahmen. Was am Horizont erscheint, ist die *Möglichkeit* eines dezisionistisch bzw. normativistisch deutbaren Rechtsbegriffs. Politisch wird das an sog. ›Konflikten von Ordnungskonfigurationen‹ sichtbar, deren einen Stefan Weinfurter am Beispiel Kaiser Heinrichs III. dargestellt hat[196]. Weitere Beispiele großen Stils wären der Investiturstreit (als das »Ringen um die rechte Ordnung in der Welt«[197]), die Entstehung der Stadtkommunen (als »Treibhaus moderner Staatlichkeit«[198]) oder als deren unmittelbare Konsequenz die Auseinandersetzung zwischen Friedrich Barbarossa und den oberitalienischen Städten[199].

Recht als konkrete Ordnung verstanden hat dabei eine wesentliche Modifikation erfahren – den Übergang von der *gewachsenen* zur *gestaltbaren* Ordnung. Beide, Ordnung und Recht, werden gleichermaßen zum Gegenstand neuer und intensiverer Reflexion, wobei durch das Wiederaufgreifen der Gegenüberstellung von göttlichem

194 G. Dilcher – Gewalt, Friede und Recht, S. 101.

195 Zur Unterscheidung von innerer und äußerer Ordnungsfunktion Ch.H.F. Meyer, a.a.O. S. 308.

196 S. Weinfurter – Ordnungskonfigurationen im Konflikt; weiterführend der Sammelband B. Schneidmüller, S. Weinfurter (Hrsg.) – Ordnungskonfigurationen im hohen Mittelalter. Zum Begriff der Ordnungskonfiguration im Verhältnis zum konkreten Ordnungsdenken siehe unten Kapitel 10, Unterkapitel *Ordnungskonfigurationen*.

197 G. Tellenbach – Libertas, S. 1. Diese Einschätzung Gerd Tellenbachs wurde vielfach übernommen, z.B. von Harold J. Berman, der zum Investiturstreit oder, wie er es nennt, zur ›päpstlichen Revolution‹ schreibt, »daß es um viel mehr ging als einen Machtkampf. Es war ein apokalyptischer Kampf um eine neue Ordnung der Dinge, um einen ›neuen Himmel und eine neue Erde‹.« Ders. – Recht und Revolution, S. 176.

198 W. Ebel – Der Bürgereid, S. 1; vgl. G. Dilcher – Mittelalterliche Stadtkommune, Städtebünde und Staatsbildung, S. 453.

199 Den Wandel der zugrundeliegenden rechtlichen Ordnungsschemata (›Handlungshorizonte‹) analysieren sehr genau G. Dilcher – Die stauffische Renovatio im Spannungsfeld von traditionalem und neuem Denken, bzw. K. Görich – Die Ehre Friedrich Barbarossas.

und menschlichem Recht[200] – jetzt aber als eine Differenzierung innerhalb *eines einheitlichen* Rechtsbegriffes – eine Entwicklungslinie eröffnet wird, die (langfristig) zur Positivierung des Rechts wie der sozialen Ordnung führt. Der veränderliche Charakter von Recht, nicht mehr nur im Sinne unbewußt sich vollziehenden sozialen Wandels[201], sondern in bisweilen aggressiver Form durch bewußte Normsetzung (Dezision), wird in der Umbruchsphase zuerst von den mit neuem Selbstbewußtsein auftretenden Reformpäpsten betont, allen voran Gregor VII. Wegen der auffälligen zeitgleichen Intensvierung der Ordnungsbestrebungen in den kanonischen Rechtssammlungen ist in diesem Zusammenhang viel nach einem direkten Zusammenwirken von Papsttum und Rechtswissenschaft gesucht worden. Horst Fuhrmann, der einen solchen Zusammenhang verneint, unterstreicht den eher theologischen als juristischen Boden des entschiedenen Auftretens Gregors VII.[202], wodurch aber der historisch ganz neue Dezisionismus im emphatischen Sinn im Umgang mit Recht nur umso deutlicher wird: Der Papst spielt die *Wahrheit* gegen die *Gewohnheit* aus, nimmt für sich nicht nur in Anspruch, Gewohnheiten, die gegen die wahre Ordnung der Kirche und damit der Welt verstoßen, durch Rechtsetzung abzuändern, sondern darüber hinaus auch, in seiner Person die letzte souveräne Interpretationsinstanz zu Fragen der göttlichen und kirchlichen Ordnung zu bilden[203]. Dem Reformpapsttum gelingt dabei eine völlige und nachhaltig wirksame Umgestal-

---

200 Zum Verhältnis von Naturrecht und göttlichem Recht und deren Bedeutung für die Entwicklung des Gesetzgebungsgedankens siehe S. Gagnér – Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung, S. 184 ff.

201 Um Mißverständnissen vorzubeugen, sei betont, daß es neben den einem unbewußten Wandel unterliegenden Rechtsgewohnheiten immer auch eine, z.B. rechtsgeschäftlich erzeugte, Schicht disponiblen Rechts gegeben hat, über das verfügt werden konnte und das insofern natürlich bewußter, auch gestaltender Änderung zugänglich war. Die Scheidung bewußt/unbewußt bezieht sich auf *generelles* Recht und nicht auf individuelle disponible Rechte; vgl. dazu G. Dilcher – Der Gedanke der Rechtserneuerung, S. 9; H. Krause – Dauer und Vergänglichkeit im mittelalterlichen Recht, S. 228 f.

202 »Die Handlungsweise Gregors VII. wurde offensichtlich nicht von reflektierten juristischen Prinzipien, sondern von religiösen Überzeugungen getragen. Sein Sendungsbewußtsein ließ ihn sich selbst neben die ehrwürdigen Väter der frühen Kirche stellen.« H. Fuhrmann – Das Reformpapsttum und die Rechtswissenschaft, S. 189 f.; »[…] daß Gregors Argumentations- und Handlungsweise weniger von politischen oder juristischen Maßstäben als vielmehr von tief religiösen Überzeugungen bestimmt war.« H.W. Goetz – Tradition und Geschichte im Denken Gregors VII., S. 138.

203 »›Christus hat nicht gesagt, ich bin die Gewohnheit, sondern ich bin die Wahrheit‹. Und darüber zu befinden, was Wahrheit sei, stand kraft göttlicher Einsetzung dem römischen Bischof zu […] So erhielt die Bindung an die Tradition zugleich einen ahistorischen Zug: Papst Gregor konnte sich, wo es nötig schien, von der Tradition befreien und scheinbar neue, der christlichen Wahrheit verpflichtete Normen setzen.« A.a.O. S. 190 f. Vgl. G. Dilcher – Der mittelalterliche Kaisergedanke als Rechtslegitimation, S. 159; ders. – Zeitbewußtsein und Geschichtlichkeit im Bereich hochmittelalterlicher Rechtsgewohnheit, S. 53; S. Weinfurter – Canossa, S. 106.

tung nicht nur der Kirche, sondern der mittelalterlichen Ordnung überhaupt: »Das Zeitalter der umfassenden rechtsgewohnheitlichen Ordnung ist zu Ende«[204].

Gregor nimmt als Papst für sich das *ius leges novas condendi*[205] in Anspruch, in Gratians *Dekret* findet sich korrespondierend ein der Kirche zugeschriebenes *ius condendi canones*[206]. Die daraus resultierende Dekretalengesetzgebung der Päpste wird im 12. Jahrhundert fester Bestandteil der kirchlichen Rechtsordnung – parallel zum Aufstieg gelehrter Juristen ins höchste kirchliche Amt[207]. Die Gesetzgebung in dieser Form steht vorerst ganz im Zeichen der Wiederherstellung und Korrektur – sie ist Gesetzgebung *ratione necessitatis*[208], und der Rekurs auf die *necessitas temporis*[209] belegt, daß Veränderung der sozialen Ordnung durch die bewußte Umgestaltung von Recht immer noch einer gesonderten Legitimation bedurfte. Dennoch ist für die künftige Rechtsentwicklung hier ein erster Brückenkopf errichtet, von dem aus mehr und mehr jenes Terrain erobert wird, das Recht zum Mittel der *Gestaltung* politischer und sozialer Verhältnisse instrumentalisiert. Die konkrete Ord-

---

204 G. Dilcher – Zeitbewußtsein und Geschichtlichkeit im Bereich hochmittelalterlicher Rechtsgewohnheit, S. 54; »Entscheidend war seit der Mitte des 11. Jahrhunderts die Tat, der mit unerhörter Vehemenz und Zielstrebigkeit unternommene Versuch, ein den Gegebenheiten diametral entgegengesetztes Bild von der Kirche in die Wirklichkeit umzusetzen. Die Stoßrichtung ging ja nicht nur gegen die Welt, bald vor allem gegen ein theokratisches Königtum und für eine zu errichtende päpstliche Hierokratie. Auch der innerkirchliche Primat des Papstes, seine Herrschaft über alle *ordines* der Kirche, erfuhr jetzt seine Festigung in Richtung auf eine wahre *plenitudo potestatis papalis*.« H. Mordek – Kanonistik und gregorianische Reform, S. 79.

205 »*Quod illi soli licet pro temporis necessitate novas leges condere* […]« Gregorii VII Registrum, ed. E. Caspar, MGH Epistolae selectae 2, II, 55a (*Dictatus papae*) c. 7 (»Daß es allein ihm [dem Papst] erlaubt ist, neue Gesetze aufzustellen […]« F.-J. Schmale – Quellen zum Investiturstreit I, Ausgewählte Briefe Papst Gregors VII., S. 148/149); H. Fuhrmann, a.a.O. S. 191.

206 Decreti Gratiani Pars Secunda, C. XXV, q. I, c. 16: »*Sacrosancta Romana ecclesia ius et auctoritatem sacris canonibus inpertit, sed non eis alligatur. Habet enim ius condendi canones, utpote que caput et cardo est omnium ecclesiarum, a cuius regula dissentire nemini licet. Ita ergo canonibus auctoritatem prestat, ut se ipsam non subiciat eis*.« (Elektronische Edition der Edition E. Friedbergs 1879 ›http://mdz.bib-bvb.de/digbib/gratian/text‹); M. Stolleis – Condere leges et interpretari, S. 173.

207 »The twelfth-century popes increasingly acquired the role of legislators.« I.S. Robinson – The Papacy 1073–1198, S. 201.

208 Zum Begriff eines außerordentlichen Gesetzgebers *ratione necessitatis* siehe C. Schmitt – Legalität und Legitimität, S. 319 ff. Für die Verhältnisse des 12. Jahrhunderts gilt, daß jederlei Gesetzgebung i.d.S. ›außerordentliche‹ Gesetzgebung darstellt, weil die Entwicklung der positivistischen Ordnungsfigur einer ordentlichen Gesetzgebung für ›normale Situationen‹ noch weit in der Zukunft liegt.

209 »Der Papst beginnt zum Verfüger über das Recht zu werden. Noch aber ist die Freiheit dazu durch Tradition und durch die nur hin und wieder auftretende ›necessitas temporis‹ stark eingeengt.« H.M. Klinkenberg – Die Theorie der Veränderbarkeit des Rechtes im frühen und hohen Mittelalter, S. 173. Dazu H.H. Kortüm – Necessitas temporis; J.W. Pichler – Necessitas.

nung (als metatheoretischer Rahmen des Rechts), die sich bis in die frühe Neuzeit hinein auf dieser Grundlage entwickelt, sieht die gesetzgebende Gewalt schließlich als unbestrittenen festen Bestandteil der (absolut gewordenen) Fürstenherrschaft an und dennoch gleichzeitig die diese Herrschaft ausübenden »gottähnlichen Legislatoren an Ius divinum, Natur- und Völkerrecht sowie an die Leges fundamentales gebunden«[210]. Die *leges fundamentales* sind jene konkrete Verfassungsordnung, an der das *leges iubere/dare/condere* (vorerst) seine konkrete Grenze findet[211]. Es bedurfte eines weiteren grundsätzlichen Wandels im zugrundeliegenden Ordnungsrahmen, bis auch die Verfassung noch als antastbar und dem Gesetzgeber verfügbar gedacht werden konnte, bis schließlich im 20. Jahrhundert in der Rechtstheorie des restlos positivierten Rechts (Kelsen) der Unterschied zwischen einfachem Gesetz und Verfassungsgesetz begrifflich ganz eingeebnet und auf den Unterschied in der ›derogatorischen Kraft‹ reduziert wurde. Die Vorstellung einer den Verfassungsgesetzen selbst vorausliegenden substanziellen Ordnung ist damit ganz aufgegeben[212].

Das zweite Phänomen, an dem der Übergang von der gewachsenen Ordnung zur gestalteten Ordnung durch Ordnen sichtbar wird, ist der Umgang mit dem überkommenen Recht. Auch hier ist die neuentstandene gelehrte Juristenklasse am Werk. Schon Gerhart Ladner hat auf die signifikante Änderung in der Rechtsqualität durch die rational-systematische Bearbeitung der kanonischen Rechtsquellen hingewiesen:

> »Für die Reform des 11. Jahrhunderts sind wesentlicher als neue Verfügungen Zusammenfassungen und zugleich Auffrischungen der alten Kanones, also der Konzilsakten und in zunehmenden Maß der Dekretalen. Dieses entscheidende Zurückgreifen auf ein heiliges altes Recht gibt den Kanones der alten Kirche eine durch die Zeit oft schon aufgehobene *normative Kraft*, nicht selten in einem weiteren Sinn, als sie ursprünglich besaßen.«[213]

Diese neue Normativität ist zugleich auch ein Effekt des intensiver gewordenen Gebrauchs der Schriftform und des dadurch in die Welt tretenden Problems der Rechtsinterpretation nicht mehr als vergegenwärtigendes Ritual, sondern als Textinterpretation. Steht Interpretation am Anfang des 12. Jahrhunderts ganz im Zeichen

---

210 Stolleis, a.a.O. S. 176.

211 H. Quaritsch – Souveränität, S. 51 ff.

212 Auf den Unterschied zwischen Verfassung und Verfassungsgesetz i.S. einer derartigen im politischen gründenden Ordnung insistiert Carl Schmitts *Verfassungslehre*.

213 G. Ladner – Theologie und Politik vor dem Investiturstreit, S. 44 (Hervorhebung nicht im Original).

der Autorität des zu interpretierenden Texts[214] – es werden die Termini der Rechtstexte selbst genommen und zu mosaikartigen Erläuterungen geformt –, so führt der rationale Umgang mit den Texten, fast möchte man sagen zwangsläufig, zu einer Emanzipation der Interpretation. In dem Bemühen, »die Ordnung des Rechts und die Ordnung im Recht« zusammenzuführen, ging es um einen »insgesamt neuen argumentativen oder interpretatorischen Ansatz. Die Autorität war nicht mehr selbstverständlich, sondern erläuterungsbedürftig und erklärungsbedürftig«[215]. Das (um-)gestaltende Moment in der Rechtsauffassung dieser Zeit kommt dadurch zum Ausdruck, daß, über die bloße Harmonisierung der Textbausteine hinausgehend, das Recht zu einem System geformt wird, das seine wesentliche Interpretation aus der ebenfalls zum System geformten Theologie erfährt, über das das letzte Wort der Papst spricht. Beide Elemente, der dezisionistische Rekurs auf die ›Wahrheit‹ als auch der Wandel der inneren Struktur des Rechts durch rationales (Um-)Ordnen, machen den Kern des neuen konkreten Ordnungsbegriffs von Recht aus oder, wie Hagen Keller es zusammenfaßt: »Die Frage nach der Wahrheit, die ordnende Prüfung der Autoritäten und das Suchen nach vernunftgemäßer Begründung menschlicher Lebensformen aus dem göttlichen Heilsplan führten zu einem grundsätzlichen Wandel in der Auffassung vom Recht«[216].

Die Entwicklung im kanonischen Recht hat bekanntlich eine bisweilen ein wenig phasenverschobene weltliche Parallele, teils aus den selben geistesgeschichtlichen Grundlagen heraus, teils als Reaktion auf den direkten politischen Angriff auf die Autorität und Legitimitätsgrundlage des Königtums. Auf weltlicher Seite – oder genaugenommen ist das Entstehen einer unabhängigen weltlichen Rechtssphäre gerade eine der Folgen des Wandlungsprozesses – ist es die konkurrierende Indienstnahme des römischen ›Kaiserrechts‹ zur Herrschaftslegitimation, die das römische Recht interpretativ verändert. Paradigmatisch stehen bei Friedrich Barbarossa die alte Ordnungskonfiguration des Herkommens und der Rechtsgewohnheiten, die von den oberitalienischen Stadtkommunen ins Treffen geführt wird, und die neue Ordnungsvorstellung von der rechtsetzenden Autorität des Kaisers in einem schweren,

214 Für den Umgang mit dem römischen Recht gilt: »Der Text der *Iustinianae leges* ist fest, definitiv, unberührbar; alles ist in diesem Text enthalten, *onmia in corpore iuris inveniuntur*, wie Accursius lehrt. Alles war geschrieben. Das *ius* selbst ist nur das, was geschrieben ist. Die *scriptura* ist die *substantia*, ist die Wesensform, ist die Daseinsform; […] Nach dieser Grundüberzeugung dürfen die *interpretes* nur lesen, sie dürfen mündlich erklären und lehren; oder sie dürfen aus den Worten der Texte selbst eine Mosaik-Prosa zusammensetzen, mehr nicht. […] Diese Einstellung dauert mindestens bis zur Mitte des 12. Jahrhunderts.« M. Bellomo – Der Text erklärt den Text, S. 67.

215 Ch.H.F. Meyer – Ordnung durch Ordnen, S. 373 f.

216 H. Keller – Zwischen regionaler Begrenzung und universalem Horizont, S. 314.

aber zeittypischen Konflikt. Wie Gerhard Dilcher minutiös nachgezeichnet hat, ist diese Vorstellung bei Friedrich erst langsam und gerade in der oberitalienischen Auseinandersetzung entwickelt worden.

Dabei kennzeichnen die lombardischen Städte selbst höchst innovative Züge. Sie tragen mit ihrer ausgebildeten Autokephalie auf ihre Weise zur Änderung der Ordnungskonzeptionen im Recht und zur Entwicklung des für das Abendland typischen »verfassungsmäßigen Modells«[217] der Stadtkommune bei. Die Stadt bildet dergestalt einen Prototyp zur internen schriftlichen Norm*setzung* mittels statutarischer Willkür[218] und mit dem flankierenden Einsatz peinlichen Strafens auch Norm*durchsetzung* durch eine autonom eingesetzte Stadtregierung, »eine friedensstiftende eidgenossenschaftliche Verbrüderung, die Recht verwillkürt, darüber Gericht hält und Leitungsorgane bestellt«[219]. Möglich wurde diese Entwicklung – die in Italien deutlich früher vorankommt als in Deutschland – nicht zuletzt durch die lange Zeit faktischer Absenz von Königsmacht in dieser Region[220]. Die rechtliche Innovation fügt sich jedoch nach außen hin in das traditionelle Schema der Rechtsgewohnheit und sprengt diesen Rahmen gerade nicht, »das Neue der Kommune hatte sich vielmehr unterschwellig in das Verfassungsleben Oberitaliens eingeschlichen«, wie Gerhard Dilcher schreibt[221]. Als mit Friedrich Barbarossa

---

217 G. Dilcher – Stadtherrschaft oder kommunale Freiheit, S. 33; der Idealtypus findet sich grundgelegt in M. Weber – Wirtschaft und Gesellschaft, S. 727 ff.; siehe auch G. Dilcher – Mittelalterliche Stadtkommune, Städtebünde und Staatsbildung, S. 454 ff. *(Die Kommune als Verfassungsform);* K.S. Bader, G. Dilcher – Deutsche Rechtsgeschichte, S. 327 ff.

218 »Formulierte, schriftlich fixierte Einzelstatuten, welche das gültige Recht oder die innerstädtische Ordnung betreffen, reichen vereinzelt in überliefertem Wortlaut bis in die 30er und 40er Jahre des 12. Jahrhunderts zurück.« »Das statutarische Recht der Kommunen ist […] aus den vielfältigen Formen bindender, eidlich bekräftigter genossenschaftlicher und gemeindlicher Vereinbarungen hervorgegangen, die W. Ebel […] unter dem Begriff ›Willkür‹ behandelt hat […]« H. Keller, R. Schneider – Rechtsgewohnheit, Satzungsrecht und Kodifikation in der Kommune Mailand vor der Errichtung der Signorie, S. 178 bzw. 182.

219 G. Dilcher – Stadtherrschaft oder kommunale Freiheit, S. 40.

220 »In Oberitalien bildet sich in den ersten Jahrzehnten des 12. Jahrhunderts in einer Periode fast völliger Abwesenheit der Königsherrschaft die geschworene Bürgerkommune aus unterschiedlichen sozialen und Rechtsständen, die oft als *milites* und *cives* zusammengefaßt werden, mit dem gewählten Leitungsorgan der Konsuln.« (A.a.O. S. 33). Dort ist »die Bewegung so stark, daß die Bischöfe die vom Kaiser abgeleitete Stadtherrschaft abgeben an das commune der Bürger und an die Konsuln und sich, in der Trennung von spiritualia und temporalia, auf die Stellung eines geistlichen Hirten und eines der einflußreichen Personen in der Stadt zurückziehen.« G. Dilcher – Mittelalterliche Stadtkommune, Städtebünde und Staatsbildung, S. 454.

221 G. Dilcher – Die stauffische Renovatio im Spannungsfeld von traditionalem und neuem Denken, S. 622.

1154 in der Lombardei die Königsgewalt wieder präsent ist, sieht sie sich mit diesem Legitimationsmuster alter Ordnung konfrontiert und ist anfangs auch genötigt, dieses anzuerkennen[222]. Die Berufung auf altes Recht, die FRIEDRICH in der Folge seinerseits ebenfalls vornimmt, orientiert sich hingegen an einem grundlegend veränderten Ordnungskonzept. ›Alt‹ i.S.d. Städte bedeutet unbestrittene und teilweise von den Vorgängern FRIEDRICHs auch anerkannte und bestätigte Gewohnheit *soweit die Erinnerung zurückreicht*; ›Alt‹ i.S.d. Kaisers ist ein verjährungsresistenter, 100 Jahre zurückliegender Idealzustand, der vorübergehend beeinträchtigt wurde und wiederherzustellen ist[223]. Dem Ordnungsprinzip der Rechtsgewohnheit als sich in die Undeutlichkeit verlierender Bezug auf die Vergangenheit, der gerade aus dem Faktum des mit der Zeit Vergessens, wie die ›Rechtslage‹ früher tatsächlich war, seine Flexibilität und Kreativität gewinnt, ist unverträglich mit genau taxierten Verjährungs- und Ersitzungsfristen; diese gehören einem ganz anderen Rechtsdenken, dem Modus des Gewohnheitsrechts, an, einer verglichen mit dem Muster der Rechtsgewohnheiten reflektierten Umgangsweise mit der rechtlichen Vergangenheit[224]. Gewohnheitsrechtstheorien sind darum auch wesentlicher Gegenstand der entstehenden Rechtswissenschaften. Allgemein ist zu unterstreichen, daß »einer schriftlosen und ungelehrten Rechtsordnung die Kategorie des ›Gewohnheitsrechts‹ inadäquat [ist]. Sie kennt nur das Recht. Dieses ist ungeschrieben, der Gegensatz zum Schriftrecht unbekannt«[225].

222 »Beim Italienzug 1154/55 verkehrt Barbarossa mit den Konsuln der Städte als legitimen Machthabern.« A.a.O. S. 624.

223 K. Görich – Die Ehre Friedrich Barbarossas, S. 322. Vgl. zum Recht der Städte in Italien im 12. Jahrhundert M. Ascheri – I diritti del Medioevo italiano, S. 157 ff. (Kap. 5.2. *Normative locali urbani e rurali*).

224 »Eine wichtige dogmatische Voraussetzung der *consuetudo* war natürlich der Zeitablauf. Schon die Glossatoren sprachen von ›inveterata‹ bzw. von ›longo tempore firmata consuetudo‹. […] Im Unterschied zu den römischen Juristen begnügten sich die Glossatoren und Konsiliatoren nicht mit einer allgemeinen Bezugnahme auf den Zeitablauf. Vielmehr wurden feste Fristregeln entwickelt, welche die objektive Dauer des *usus* festlegten. Auch hier ist ein klarer Mentalitätswechsel zu beobachten […]« R. Garré – Consuetudo, S. 71.

225 J. Weitzel – Über Oberhöfe, Recht und Rechtszug, S. 23. Vgl. zum Übergang von der *Rechtsgewohnheit* zum *Gewohnheitsrecht* auch die Ausführungen Gerhard Dilchers: »Was Recht und Rechtsanwendung hier [d.h. in der Phase vor dem 12. Jh.] darstellt, ist nur aus der Rekonstruktion des Denkens einer oralen Kultur zu erfassen. Das […] Modell, nach welchem auch in der Rechtsgewohnheit Rechtsregel (Norm) und Einzelfall das Muster einer Rechtsordnung bilden, greift also nicht. Interessanterweise gilt dies auch bei Vorhandensein schriftlicher Rechtsquellen, solange nur das Bewußtsein der Rechtsanwender durch diese Mentalität oraler Kulturen bestimmt sind. Gehen die Rechtsanwender dagegen aufgrund ihrer Schulung von schriftlichen Rechtsquellen aus – und das ist bei Klerikern und studierten

Einen andereren Indikator für den Ordnungswandel bildet die Abkehr vom erinnerungszentrierten Zugang zum Recht durch Intensivierung der Verschriftlichung, die, paradox, auch die Vergangenheit umgreift. Die Autorität der Schriftform äußert sich auch in deren zunehmenden Beweiskraft oder umgekehrt im verstärkten Mißtrauen gegen die Berufung auf alte Gewohnheit, die es erforderlich machte, Recht durch alte Urkunden zu belegen oder gegebenenfalls solche zu fälschen. Wer sich auf Rechtsgewohnheit beruft, ist gezwungen, einen schriftlichen Beleg zu liefern in Gestalt einer Urkunde[226]. Schriftlichkeit ist also nicht nur *das* Medium der entstehenden Rechtswissenschaft und der sich ausbreitenden gewillkürten Normsetzung, sondern drängt sich auch in die Sphäre des bis dahin noch ganz vom oralen Auslegungsparadigma Beherrschten. Nicht der Urkundentext stützt die Erinnerung, sondern die Urkunde selbst konstituiert nun das Recht. Das soll nicht bedeuten, daß nicht auch in den Jahrhunderten zuvor Urkunden Rechtscharakter gehabt hätten, aber eben firmierenden, als symbolischer Akt neben andere symbolische Akte tretenden, und nicht konstitutiven[227]. Die ganze ausufernde Fälschungspraxis des Mittelalters ist auch vor diesem Hintergrund zu sehen[228].

Entschiedenere Züge noch eines veränderten Ordnungsbegriffs vom Recht läßt Friedrichs Auftreten am Reichstag von Roncaglia (1158) erkennen. Sowohl die Einbindung der bologneser Rechtswissenschaft durch das Auftreten der berühmten *quatuor doctores*[229] als auch der legitimatorische Rückgriff auf das Römische Recht

---

Juristen schon im Mittelalter der Fall –, so werden sie gegebenenfalls aus Gewohnheiten Regeln oder Normen zur Ergänzung der schriftlichen Rechtsquellen zu gewinnen suchen; hierbei erst gewinnt die Rechtsquellenlehre des Gewohnheitsrechts eine Funktion.« Ders. – Zur Theorie des Gewohnheitsrechts zwischen Alteuropa und Moderne, S. 69.

226 G. Dilcher – Die stauffische Renovatio im Spannungsfeld von traditionalem und neuem Denken, S. 625.

227 H. Keller, Ch. Dartmann – Inszenierungen von Ordnung und Konsens.

228 »Griff man im Frühmittelalter [...] zu rituellen Formen der Wahrheitsermittlung wie dem Eid, dem Ordal, der paraliturgischen Befragung von in ihren Reliquien anwesenden Heiligen, so sucht man jetzt Urkunden der Gegenpartei durch *antiquiora et veraciora documenta* zu übertrumpfen [...]« H. Keller – Schriftgebrauch und Symbolhandeln in der öffentlichen Kommunikation, S. 15. Siehe zur Fälschungsthematik K. Kroeschell – Deutsche Rechtsgeschichte I, S. 168 ff.; H. Fuhrmann – Die Fälschungen im Mittelalter; Th. Kölzer – Urkundenfälschung im Mittelalter.

229 »Kaiser Friedrich I. Barabaross will als machtvoller und charismatischer Herrscher die Rechte des Reiches in Oberitalien auf dem Reichstag von Roncalia 1158 vindizieren. Er will dabei den Rechtszustand der Salier zu Anfang des Jahrhunderts wieder herstellen, das heißt eine vom Reich abgeleitete Stadtherrschaft, in der die Kommune der Bürger und ihre gewählten Magistrate keine Berücksichtigung finden.« G. Dilcher – Mittelalterliche Stadtkommune, Städtebildung und Staatsbildung, S. 458. Dazu läßt Friedrich »unter Mitwirkung der vier bedeutenden bologneser Rechtslehrer Hugo, Martinus, Bul-

*qua* Kaiserrecht und der damit verbundene Anspruch, legitimer Gesetzgeber zu sein, sind zukunftsweisend und wichtige Stufen in der staufischen Phase der Herausbildung des modernen Staates. Der Typus ist der einseitiger Rechtsetzung mit der Ausrichtung – darin ist eine wesentliche Neuerung im Ordnungsbegriff zu sehen – *für alle Zukunft*[230]. Der Herrscher nimmt damit eine veränderte Stellung zum Recht ein. Der König des älteren Ordnungstypus »verstand sich selbst als rex iustus, als Wahrer von pax et iustitia, weniger als politischer Gestalter wie ein moderner Politiker. Seine Handlungsspielräume sind in besonderer Weise von den normativen Vorgaben des Rechts bestimmt«[231]. Friedrich, dessen Agieren in vielerlei Hinsicht Kontinuität mit politischen ›Spielregeln‹ vorangehender Zeiten aufweist[232], setzt im Verhältnis zum Recht doch ganz deutliche ›neue‹ Akzente. In der Beurteilung dieses ›Neuen‹ werden allerdings – v.a. hinsichtlich der Realitätsnähe und effektiven Wirksamkeit der roncalischen ›Gesetze‹ – von der Forschung ganz unterschiedliche Bewertungen vorgenommen, die sich, wenig überraschend, entlang der beiden hier diskutierten Ordnungstypen bewegen. So charakterisiert etwa Knut Görich das erste der roncalischen Gesetze ganz anders als Gerhard Dilcher. Nach Görich schaffen die bologneser Juristen unter der Autorität der rechtsetzenden Gewalt des Kaisers mit der *Lex regalia sunt haec* eine Legaldefinition des Regals und greifen dabei »auf das Römische Recht wie auf eine zeitlos gültige Norm zurück«[233]. Eine umständliche Auseinandersetzung mit den konkreten Rechtsgewohnheiten hinsichtlich der Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit der Ausübung einzelner dieser Regalien durch die lombardischen Städte entfällt. Görich unterstreicht dabei das Zusammenspiel von autoritativer Rechtsetzung, Schriftlichkeit und Objektivierung des Rechts (»Die Gesetze sollten, darin liegt ihr moderner Zug, eine jenseits der gespaltenen Rechtsmeinung stehende Objektivierung und einen Normtext als Fixpunkt der Konfliktbewäl-

---

garus und Jacobus die vier berühmten Gesetze formulieren, mit denen er die Rechte des antiken Imperators für sich in Anspruch nahm: die *Lex Regalia sunt haec*, die *Lex Omnis iurisdictio*, die *Lex Palatia* und die *Lex Tributum*.« K. Kroeschell – Deutsche Rechtsgeschichte I, S. 172 f.

230 G. Dilcher – Der mittelalterliche Kaisergedanke als Rechtslegitimation, S. 158.

231 G. Dilcher – Die stauffische Renovatio im Spannungsfeld von traditionalem und neuem Denken, S. 617; vgl. H. Krause – Königtum und Rechtsordnung in der Zeit der sächsischen und salischen Herrscher. Zum karolingischen *rex* R. Deutinger – Königsherrschaft im Ostfränkischen Reich, S. 37 ff.; N. Staubach – Rex christianus.

232 Siehe die ausführliche Diskussion in K. Görich – Die Ehre Friedrich Barbarossas. Gerd Althoff sieht aber auch Brüche im Verhalten des Kaisers; vgl. G. Althoff – Königsherrschaft und Konfliktbewältigung im 10. und 11. Jahrhundert, S. 52 f., bzw. ders. – Das Privileg der deditio, S. 102 ff.

233 K. Görich – Die Ehre Friedrich Barbarossas, S. 314.

tigung bereitstellen.«[234]) und nimmt explizit und komplementär auf Thesen Jürgen Weitzels Bezug, die als Qualitätsmerkmal des frühmittelalterlichen Rechts gerade das Fehlen dieser Eigenschaften nennen: »Das Recht zerbricht deshalb im Konflikt, weil es keine jenseits der gespaltenen Rechtsmeinung stehende Objektivierung kennt (insb. keinen Normtext) und auch eine (herrschaftliche) Instanz fehlt, die ›Richtigkeit‹ autoritativ feststellen könnte«[235]. Herausgestrichen werden die modernen Züge, das Zusammenwirken von Rechtsetzung und Rechtswissenschaft und die »zu Staatenbildung führende Disponibilität der Rechtsordnung«[236].

Gerhard Dilcher betont dagegen die Korrektur gerade der innovativen Momente durch die mittelalterliche ›Verfassungswirklichkeit‹ und erkennt innerhalb der roncalischen Gesetzgebung eine ganze Bandbreite von Rechtstechniken. Die *Lex tributum* stelle dabei »das eine Extrem dar: Eine Zusammenstellung antiken ›staatlichen‹ Steuerrechts fern den mittelalterlichen personalistisch-feudalen Herrschafts- und Abgabeverhältnissen […] ein für die Wirtschaftsverhältnisse Italiens gefährliches Gelehrtenwerk«[237]. In der *Lex regalia* sieht er jedoch – im Unterschied zur Deutung Görichs – als Verkörperung des anderen Extrems ein typisches »Regalienweistum«[238], »von den Doktoren mit Hilfe der Städtevertreter […] als Aufzeichnung bestehenden Rechtsbrauchs vorgenommen […] unsystematisch, auch unvollständig […] rechtlich nur eine informelle Notiz […] stets aus Rechtsbrauch und Rechtsgewohnheit zu ergänzen«[239]. Gegensätzlicher könnten die Deutungen nicht sein. Was sich daraus erhellt, ist der rechtswissenschaftliche Charakter des konkreten Ordnungsdenkens (als theoretischer Metarahmen), das *quasi* als Vorverständnis an das zu Analysierende herangetragen wird und entsprechend den ganz unterschiedlichen Fluchtpunkten ganz gegenläufige Deutungen liefert.

Weitgehende Einigkeit besteht hingegen in der Deutung des roncalischen Kernstückes der *Lex omnis iurisdictio*, in der eines dieser Regalien, die Ausübung der Gerichtsbarkeit zu einem durchgängigen Delegationszusammenhang ausgebaut wird, in dem alle legitime Gerichtsbarkeit aus der kaiserlichen Gewalt abgeleitet wird:

---

234 A.a.O. S. 315.

235 J. Weitzel – Gewohnheitsrecht und fränkisch-deutsches Gerichtsverfahren, S. 85. Zur Kritik an Weitzels Vorstellung vom ›Zerbrechen‹ des Rechts oben Abschnitt III, Kapitel 7, Unterkapitel *Der Rechtsbegriff Jürgen Weitzels, ad* (*4*) (*Recht = konkreter Konsens*).

236 K. Görich, a.a.O.

237 G. Dilcher – Die stauffische Renovatio im Spannungsfeld von traditionalem und modernem Denken, S. 631.

238 G. Dilcher – Der mittelalterliche Kaisergedanke als Rechtslegitimation, S. 162.

239 G. Dilcher – Die stauffische Renovatio im Spannungsfeld von traditionalem und modernem Denken, a.a.O.

»*Omnis iurisdictio et omnis districtus apud principem est et omnes iudices a principe administrationem accipere debent et iusiurandum prestare quale a lege constitutum est*«[240]. Abgesehen von der direkten Stoßrichtung, die Autonomie der Städte zu brechen[241], erfolgte die Rezeption dieses Gedankens in der mittelalterlichen Verfassungswirklichkeit, wie Gerhard Dilcher betont, v.a. auf lehnrechtlicher Ebene mit der Ausbildung einer durchgängigen Feudalhierarchie[242]. Letzteres ist ebenso als Anpassungsprozeß an die immer noch eher personal als territorial ausgerichtete Herrschaftsordnung zu verstehen. Dilcher unterstreicht aber auch den in Richtung auf künftige Staatlichkeit weisenden »Anspruch auf Monopolisierung der Zwangsgewalt«[243] durch die *Lex omnis* und damit einhergehend die Intensivierung des Rechtszwanges[244].

Anspruch auf Gesetzgebungsgewalt[245], die Ableitung ›exekutiver‹ Gewalt aus einer gemeinsamen Legitimität monopolisierenden Spitze und die Intensivierung der Schriftlichkeit im Recht sind die Eckpunkte des ab Mitte des 12. Jahrhunderts greif-

---

240 MGH D F I, 2, Nr. 238; »Alle Gerichtsgewalt und alle Gebotsgewalt liegt beim Kaiser; alle Richter müssen ihr Amt vom Kaiser erhalten und ihm einen Eid leisten, wie es das Gesetz bestimmt.« Text und Übersetzung in K. Kroeschell – Deutsche Rechtsgeschichte I, S. 180.

241 »Die staatliche Delegation aller Gerichtsbarkeit als eines Hoheitsrechts ist damit festgelegt, eine klare Absage an alle autogen begründete, adlige oder kommunale Gerichtsbarkeit, aber auch an eine Ersitzung dieses Rechts durch die Städte aus alter Gewohnheit.« G. Dilcher, a.a.O. S. 631 f.

242 »Der in der roncalischen *lex Omnis* ausgesprochene Grundsatz der Ableitung aller Jurisdiktion und Banngewalt vom Herrscher setzt sich, wenn auch nicht in beamtenrechtlicher, sondern in feudalrechtlicher Form durch. Zeugnisse dafür sind der Konstanzer Friede wie der Sachsenspiegel.« G. Dilcher – Der mittelalterliche Kaisergedanke als Rechtslegitimation, S. 170; ders. – Mittelalterliche Stadtkommune, Städtebildung und Staatsbildung, S. 459.

243 G. Dilcher – Recht ohne Staat, Rechtsdurchsetzung ohne Staat?, S. 146. Als strukturelles Gegenstück zu dieser *herrschaftlichen* Monopolisierung legitimer Gewaltanwendung sieht Dilcher die städtische Bürgergemeinde als »*genossenschaftliches* Monopol legitimer Gewaltausübung«, G. Dilcher – Frieden durch Recht, S. 227 (Hervorhebung nicht im Original).

244 Die *Lex omnis* regelt ausdrücklich den *districtus*, der *apud principem* zu liegen kommt; »*Districtus*, *districtio*, *ius distringendi* aber bezeichnet in der mittelalterlichen Rechtssprache genau die rechtliche Zwangsgewalt, die Zwangsbefugnis des Richters zur Durchführung des Verfahrens von der Ladung bis zur Vollstreckung.« G. Dilcher – Die Zwangsgewalt und der Rechtsbegriff vorstaatlicher Ordnungen im Mittelalter, S. 122.

245 Gesetzgebungsgewalt bedeutet noch nicht das Recht, auch die verfassungsmäßigen Grundlagen anzutasten; insoweit geht die Formulierung Görichs, die *Lex omnis iurisdictio* stünde »für eine überaus rational entworfene Herrschaftskonzeption, die ›die gesamte Verfassungsordnung gemäß den Maximen des römischen Kaiserrechts zur Disposition des Herrschers stellt‹« (a.a.O. S. 315, mit Berufung auf D. Willoweit – Rezeption und Staatsbildung im Mittelalter, S. 24), viel zu weit. Dispositionsgewalt als Verfassungsgesetzgebung ist noch im 16. und 17. Jahrhundert ganz außerhalb der Reichweite positivierten Rechtsdenkens.

baren Ordnungsrahmenbegriffs vom Recht mit deutlichen Anzeichen für eine einsetzende Gestaltungsfunktion des Rechts. Die dezisionistischen und normativistischen Züge des neuen Rechtsumganges sind unverkennbar[246] und wesentliche Vorleistungen auf dem Weg zur Ausbildung des staatszentrierten Souveränitätsbegriffs[247] und besonders der postulierte durchgängige Delegationszusammenhang, der die (vorerst auf die Gerichtsbarkeit beschränkte) besondere Ermächtigung zur Ausübung legitimer rechtlicher Zwangsgewalt festsetzt, erfüllt in seiner Modernität jene Forderung positivistischer Rechtstheorie, die (wie oben im Kapitel 5 dargelegt wurde) für das frühmittelalterliche Recht nicht gegeben war. Die ältere Ordnung war polyzentrisch durch eigene nichtdelegierte ›autogene‹[248] Herrengewalt organisiert.

Mit den roncalischen Gesetzen und dem damit verbundenen Anspruch, durch eigene Entscheidung über *allgemeines* Recht zu disponieren und alle gerichtliche Gewalt durch einen ungebrochenen Delegationszusammenhang auf seine eigene Person zu gründen, tritt der Kaiser in ein neues Verhältnis zum Recht und das Recht in ein neues Verhältnis zu Zeit und Geltung: »Mit Roncaglia, und nicht vorher, bricht also das Prinzip abstrakter, für die lineare Zeit gültiger Gesetze in die weltliche Gesetzgebungsgeschichte ein. In die kirchliche dagegen ist sie schon mit dem Denken der Kirchenreformer und dem Programm Gregors VII. eingegangen«[249]. Auf kirchlicher Seite lieferte das die alte Vorstellung vom Papst als oberstem Gerichtsherrn ausdehnende Prinzip der *plenitudo potestatis*, demgemäß alle Letztentscheidungen

246 Spürbar ist das auch am durch den Schriftgebrauch sich wandelnden Charakter der kommunalen Statuten im 12. Jahrhundert: »Vermutlich stehen wir hier am Übergang von einer nur mündlichen, durch Eid bekräftigten Satzung zum schriftlich niedergelegten Rechtssatz, wie er im letzten Drittel des 12. Jahrhunderts üblich wird und dann immer deutlicher jenen Charakter des Gesetzesbefehls annimmt, den schon Boncompagno beschreibt.« H. Keller, R. Schneider – Rechtsgewohnheit, Satzungsrecht und Kodifikation in der Kommune Mailand vor der Errichtung der Signorie, S. 179.

247 »Der römisch-byzantinische Gedanke der umfassenden Rechtsstellung des Kaisers [bleibt] in der Rechts- und Staatstheorie weiter wirksam – er ist gleichsam der Kondensationspunkt der sich langsam entwickelnden Theorie staatlicher Souveränität.« G. Dilcher – Der mittelalterliche Kaisergedanke als Rechtslegitimation, S. 164.

248 Bernd Schneidmüller spricht von den »autogenen, nicht abgeleiteten und darum selten verschriftlichten Adelsrechte[n]«; ders. – Zwischen Gott und den Getreuen, S. 209.

249 G. Dilcher – Die stauffische Renovatio im Spannungsfeld von traditionalem und neuem Denken, S. 644. »Das weltliche Recht […] gewinnt im säkularen Rückgriff auf das römische Staatsrecht […] eine dauerhafte, gleichbleibende, schriftlich fixierte Legitimationsgrundlage. Dieser weite Rückgriff hebt die zyklische Erneuerung in kürzeren Rhythmen […], bei der die tatsächliche Veränderung durch Gewohnheit immer einbezogen bleibt, aus den Angeln. Sie erlaubt eine generelle, prinzipielle, abstrakte Formulierung einer Norm, die nunmehr nicht mehr eine zyklische, sondern eine immerwährende, gleiche, lineare Geltungsdauer hat.« A.a.O. S. 643.

in einer Hand, der des Papstes, zusammenlaufen müssen, sowohl jene, wann und in welchem Umfang neues Recht an die Stelle des alten zu treten hat, als auch jene, wie bestehendes Recht zu interpretieren sei, die Grundlage dafür, daß in dieser Epoche der päpstliche Anspruch in Politik und Recht dezisionistische Züge anzunehmen begann – mit langfristigen Auswirkungen auch auf den Rechtsbegriff[250]. Umgekehrt fördern sowohl Gesetzgebung als auch die Schriftförmigkeit in Verbindung mit der zunehmenden Abstraktion durch die wissenschaftliche Systematisierung den normativistischen Charakter der Rechtskultur. Normativismus und Dezisionismus konnten sich als ›rechtswissenschaftliche Denkarten‹ nur auf solcher Grundlage überhaupt entwickeln.

Der Zweck der Unterscheidung eines älteren und jüngeren Ordnungstypus im als metatheoretischen Rahmen verstandenen konkreten Ordnungsdenken liegt nun gerade darin, zu zeigen, daß die Ausbildung normativistischer bzw. dezisionistischer Elemente im Rechtsbegriff erst auf der Grundlage des jüngeren, schriftbezogenen und gegenüber expliziter Normsetzung offenen Ordnungstypus geschehen konnte. Es war dafür ein grundlegender Wandel innerhalb der konkreten Ordnung selbst notwendig. Der Dezisionismus zielt dabei auf einen einheitlichen Rechtsbegriff als Mittel der souveränen Vereinheitlichung der Herrschaftsgewalt. Für eine solche kann und darf es konkurrierende und aus eigenem als ›rechtmäßig‹ legitimierte Gewalt nicht geben. Das Ergebnis dieses politisch motivierten Einheitsstrebens ist ein rationalisierter Rechtsbegriff, der die Vielfalt von *recht*, Gebot und *Willkür* bewußt überwinden will. Recht ist dann nur mehr der vom Souverän ausgehende Befehl, Gewohnheit rechtlich relevant nur noch als vom Souverän *taciter* toleriertes Verhalten, dessen Rechtmäßigkeit jederzeit von diesem widerrufbar ist. Der Rechtsbegriff des Normativismus realisiert dagegen begriffliche Einheit auch noch jenseits des Rechts: Die Rechtsnorm ist nur noch ein Spezialfall der Sozialnorm im allgemeinen. Recht, Moral, Höflichkeit werden gleichermaßen zu Normensystemen und generieren ihre je unabhängigen Untermengen von Sozialnormen.

Umgekehrt folgt aus diesen Überlegungen, daß das Frühmittelalter gerade dadurch gekennzeichnet ist, über einen einheitlichen übergreifenden aus eigener An-

---

250 Siehe dazu auch die Ausführungen weiter unten im Kapitel 10, Unterkapitel *Ordnungskonfigurationen*. Die *plenitudo potestatis*, die ›Vollgewalt‹, war »für die Juristen zunächst die bestandkräftige letzte Entscheidungsbefugnis in Rechtsstreitigkeiten, d.h. die höchstrichterliche Kompetenz in den *causae maiores*, sowie darüber hinaus die Gesetzgebung für die gesamte Kirche, die Binde- und Lösegewalt und die Entscheidung in zweifelhaften Glaubensfragen […]« J. Miethke – Kirchenstruktur und Staatstheorien im Zeitalter der Scholastik, S. 147. Vgl. R.L. Benson – Plenitudo potestatis; H. Krause – Dauer und Vergänglichkeit im mittelalterlichen Recht, S. 234 f.

strengung gebildeten Rechtsbegriff *nicht* zu verfügen[251]: Das Ordnungsmodell ist das einer Ordnung von Ordnungen und nicht von Normen. Recht ist an jeder aus dieser Pluralität herausgegriffenen Ordnung selbst nur ein spezifisches Moment oder ein Aspekt, und auch diese Aussage ist nur möglich, weil die Moderne einen einheitlichen Rechtsbegriff hervorgebracht hat, der den Bezugspunkt dafür abgibt, was an diesen Ordnungen ›rechtlich‹ ist. Es ist jeweils *das*, was sich im geschichtlichen Ausdifferenzierungsprozeß des positiven Rechts vom bloßen Aspekt der konkreten Ordnung in einen systematisch in Normen gefaßten Teil des positiven Rechts auskristallisiert hat. Der funktionale Gehalt der (Rechts-)Ordnung wird so in ein anderes Medium überführt, das des textzentrierten Normensystems. Der Rechtshistoriker, der seinen Blick auf seinen Forschungsgegenstand richtet, kann i.d.S. der Anwendung eines modernen Rechtsbegriffs gar nicht entgehen: er sieht konkrete Ordnungen, auf die dieser moderne Rechtsbegriff projiziert wird, und sei es auch ein speziell für das frühe Mittelalter zurechtpräparierter, wie der der ›Rechtsgewohnheiten‹[252]. Nur unter dieser Voraussetzung kann überhaupt vom *Recht* im Frühmittelalter gesprochen werden.

Wir versuchen also die nicht vorhandene Einheit im Recht des Frühmittelalters, d.h. die vielerlei Schichten bzw. Ordnungen, unter den einen rechtswissenschaftli-

---

251 Vgl. die Einschätzung Gerhard Dilchers: »Das ganze Frühmittelalter entwickelte keinen eigenen theoretisch erfaßten Rechtsbegriff, veränderte aber Rechtsquellen, Rechtsschichten und Rechtsanwendung auf grundlegende und gleichzeitig unübersehbare Weise. Man zitierte zunächst die römische Rechtsbegrifflichkeit weiter, mit dem Allgemeinbegriff *ius*, der Schriftlichkeit der *lex* und der Gesetzgebung durch *Constitutiones*. […] Ein anderes Rechtsverständnis deutet sich allerdings in den Prologen jener Volksrechte an, in denen eine Beschreibung des Gesetzgebungsvorganges versucht wird. Als Beispiel stehen hier die Prologe der Lex Salica und Prolog und Epilog des langobardischen Edikts König Rotharis. Eine begriffliche Klarheit wird dadurch aber nicht erreicht.« G. Dilcher – Zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte der mittelalterlichen Rechtskultur, S. 628. Dilcher sieht jedoch das Rechtsverständnis des frühen, des ›ersten‹ Mittelalters an dessen Ende im Dekret Gratians und dem dort zu findenden umgekehrten Aufgriff der Rechtstypologie Isidors von Sevilla auf den Begriff gebracht (Dilcher, a.a.O. S. 630 f.). Gratian steht jedoch, möchte man einwenden, mit seinem wissenschaftlich-dialektischen Textumgang an der Wiege des modernen normzentrierten Rechtsbegriffs einschließlich eines nach Schriftrecht zu interpretierenden Gewohnheitsrechts und entwickelt keine oraler Rechtspraxis adäquate konkrete Rechtslehre.

252 Der Begriff ›Rechtsgewohnheit(en)‹ als Rechtsbegriff ist in einem langwierigen Abgrenzungsprozeß gerade gegen den modernen positivistischen Rechtsbegriff gewonnen worden; er trägt in dem Maß moderne Züge, in dem er sich vom Recht der Moderne abgrenzt. Vgl. H.-W. Goetz – Die Vorstellungen von Recht und Gerechtigkeit in der Merowingischen Geschichtsschreibung, S. 93: »Darüber hinaus sollten wir nicht vergessen, daß alle diese Begriffe moderne Konstruktionen sind (und die Menschen selbst im frühen Mittelalter es wohl kaum verstanden und dem vermutlich sogar widersprochen hätten, wenn man ihr Recht als Gewohnheitsrecht oder als Rechtsgewohnheiten charakterisiert hätte).«

chen Begriff der konkreten Ordnung zu bringen. Sollte es dann, da dieser Begriff als Rechtsbegriff den Quellen genauso fernsteht wie jede andere Schöpfung moderner Rechtstheorie, nicht gleichgültig sein, ob man nun von konkreten Ordnungen oder von verschiedenen Normtypen bzw. Normstrukturen spricht? Die Antwort kann nur heißen: nein – und zwar aus folgenden Gründen. Das in der ›Norm‹ zum Ausdruck gebrachte rechtliche Sollen ist ganz aus der Satzstruktur heraus konstruiert: Die Rechtsnorm bzw. Rechtsregel kombiniert eine Bedingung mit einem normativen Operator. Auf das, was in der Norm nicht unmittelbar zum Ausdruck kommt, auf den Kontext, sei es nun der faktische oder der normative, kommt es gerade nicht an. In der konkreten Ordnung wird das rechtliche Sollen dagegen durch einen weitumfassenden Komplex definiert, gerade nicht durch einen einzelnen Satz. Ohne den Kontext der den Rechtskreis repräsentierenden Ordnung ist hier gar kein Recht. Die Interpretationsgewalt über den Kontext ist Sache aller, aber in abgestufter, die Ordnung insgesamt als Rangordnung darstellender Weise. Der Kontext als die gesamthafte Ordnung selbst steht im Vordergrund, während er bei der Norm erst ins Spiel kommt, wenn Normen zu einem System zusammengefaßt eine kontextabhängige Interpretation der Einzelnorm, also eine rechtlogische Berücksichtigung anderer zum System gehöriger Normen erfordern. Weil es im frühmittelalterlichen Recht an diesen Einzelnormen fehlt, ist der Normbegriff das rechtswissenschaftlich falsch gewählte Paradigma[253]. Auch der Rechtsbegriff des konkreten Ordnungsdenkens ist i.d.S. ein moderner Rechtsbegriff, der an seinen Gegenstand herangetragen wird, allerdings einer, der genau diese begriffliche Distanz zum Rechtsdenken der Vormoderne reflektiert im Unterschied zur unreflektierten Rede vom frühmittelalterlichen Recht als Normensystem. An der genannten Reflexion des Verhältnisses von Ordnungsbegriff und Recht fehlt es in der Rechtsgeschichte bisher weitgehend. Er tritt zurück auch in Arbeiten, die sich, wie Paolo Grossis *L'Ordine giuridivo medievale*, den Begriff der Ordnung im mittelalterlichen Recht zum Thema gemacht haben. Es werden zwar viele Wesensmerkmale herausgearbeitet, die dem Rechtsbegriff des konkreten Ordnungsdenkens sehr nahe kommen: »El derecho es en bastante mayor medida ordenamiento que autoridad; no es violencia sobre las cosas, es más bien

253 Es ist dann das falsche Paradigma, wenn es auf wesentlich nicht schriftrechtsdominierte Ordnungskonfigurationen Anwendung findet wird, wie z.B. bei Knut Görich: »Ehre ist wie Recht ein *handlungsprägendes Normensystem*, aber die verschrifteten Normen des gelehrten Rechts erfaßten die Normen der Ehre von Kaiser und Reich nicht« (ders. – Ehre als Ordnungsfaktor, S. 92; Hervorhebung nicht im Original), was umso schwerer wiegt, als im selben Aufsatz die richtige Einsicht zu finden ist: »Gegenüber dem gelehrten Recht steht die Vorstellung von Ehre in einer gewissen Analogie zur Ordnung des schriftlosen Rechts, das wie die Ehre keine abstrakte Reflexion und Definition der Norm kennt.« (A.a.O. S. 91).

manifestación más elevada de las cosas para estructurarse en un orden. La juricidad es una dimensión que está en el interior de las cosas«[254]. Aber über das Bekenntnis zur zentralen Bedeutung des Ordnungsbegriffs für das Mittelalter hinaus (»Orden. Con un término y una noción como éstos nos situamos en el corazón de la antropología medieval.«[255]) kommt es zu keiner systematischen Entwicklung eines ordnungsbezogenen Rechtsbegriffs bei Grossi. Er sucht in der tausendjährigen Phase zwischen 500 und 1500 auch eher die Kontinuität im Ordnungbegriff, als daß er dem entscheidenden Unterschied in der Zeit vor und nach dem 12. Jahrhundert nachginge[256]. Vielversprechender auch für eine rechtshistorisch-rechtstheoretische Reflexion ist der jüngst entwickelte Begriff der ›Ordnungskonfigurationen‹, an denen weniger die Statik als ihr inwendiges Konfliktpotential hervorgehoben wird[257]. Von diesem wird noch zu sprechen sein.

### *Die Stellung der Regel im konkreten Ordnungsdenken*

Die Ausgangslage scheint nach dem bisher Gesagten eindeutig: Unter den Bedingungen des frühen Mittelalters (als einer oral dominierten Rechtskultur) ist die Regel im Recht bestenfalls sekundärer und abkünftiger Natur, sie gewinnt – soweit sie überhaupt selbständige Gestalt erhält – ihre Bedeutung nicht aus der autoritativen Festsetzung eines Normsatzes, sondern aus der mit der gelebten Rechtspraxis identischen Ordnung, die einer restlosen Auflösung in konstituierende Regeln – zumindest als lebendige Ordnung – sich versagt. Fragt man eingehender nach dem Verhältnis von Ordnung und Regel im Recht, so erhält man von Carl Schmitts Formulierung des konkreten Ordnungsdenkens unmittelabar keine Antwort. Schmitt differenziert in der Spärlichkeit seiner diesbezüglichen Aussagen überhaupt nicht in der Verwendung des Begriffs ›Regel‹, und er verliert auch kein Wort darüber, welche Rolle im Rechtsleben diesen nun zukomme, und läßt auch unbeantwortet, wie die vorgegebene Ordnung die Regel als Element inhaltlich bestimmt.

Es gibt ein weites semantisches Feld für die Verwendung des Wortes ›Regel‹. Der vieldiskutierten und kontroversiell beantworteten Frage, ob angesichts der

---

254 P. Grossi – El orden jurídico medieval, S. 108 (Anm.: Dem Autor stand bei der Abfassung nur die spanische Übersetzung des italienischen Originals zur Verfügung).

255 A.a.O. S. 96.

256 Gerhard Dilcher bemerkt als zusätzliches Manko, daß es der italienischen Lehrbuchtradition, in der Grossi steht, nicht gelingt, »der Rechtswelt nördlich der Alpen voll gerecht zu werden« (ders. – Auf der Suche nach einer Ordnung des Rechts, S. 221).

257 Siehe B. Schneidmüller, S. Weinfurter (Hrsg.) – Ordnungskonfigurationen im hohen Mittelalter.

Unterscheidung von Rechtsregeln und Rechtsprinzipien letztere den Rechtsnormen zuzurechnen seien[258], geht jene vorher, ob ausnahmslos jede Regel normativ verstanden werden muß. Unter den Begriff ›Regel‹ lassen sich auch bloße Regelmäßigkeiten bringen, die einen Schluß auf eine eben diese Regelmäßigkeit hervorrufende normative Regel nicht erlauben. Gemäß der analytischen Scheidelinie gehören Regelmäßigkeiten in die Sphäre des Tatsächlichen, und deren ›Gesetzlichkeit‹ wäre allenfalls die einer Naturgesetzlichkeit. Neben diesen Regeln, die keine Normen sind, gibt es umgekehrt Normen, die keine Regeln sind. Ein individueller, auf die Verrichtung einer einzelnen bestimmten Handlung gerichteter Befehl ist selbst keine Regel, mag er auch auf Grund einer ermächtigenden Rechtsregel erteilt worden sein und somit Bestandteil der geltenden Normenordnung sein.

Die Unterscheidung regelhafter und nichtregelhafter Normen ist weiterhin nicht zu verwechseln mit der Differenzierung von generellen und individuellen Normen[259]. Diese Einteilung bezieht sich auf die Art der Bestimmung des Adressatenkreises der Norm. Demgemäß kann es generelle nichtregelhafte Normen geben wie umgekehrt regelhafte individuelle. Regelhaftigkeit bezieht sich auf die Möglichkeit wiederholter Anwendbarkeit der Norm, die für einen einzelnen sehr wohl gegeben sein kann, wie im Gegenzug eine an eine Vielzahl von Normadressaten gerichtete Bestimmung sich durchaus in einer einmaligen Anwendung erschöpfen kann. Zur ›normativen Regel‹ gehört – das sei das Résumé dieser Überlegungen für den Begriff, wie er im weiteren verwendet werden soll – die Verbindung eines normativen Aspekts (einer Verpflichtung, Erlaubnis, Ermächtigung) mit dem Moment der wiederholten Anwendbarkeit. Zur Verdeutlichung der Stellung von normativen Regeln im Gefüge einer konkreten rechtlichen Ordnung soll dieser Begriff nun weiter differenziert werden. Ausgangspunkt bilden dabei gebräuchliche sprachliche Wendungen wie ›eine Regel anwenden‹, ›einer Regel folgen‹, ›eine Regel geben‹, ›sich gemäß einer Regel verhalten‹ etc.

---

258 Ablehnend zur Einordnung der Prinzipien unter die Normen schon J. Esser – Grundsatz und Norm; C.-W. Canaris – Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, S. 57, K. Larenz – Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 169 f., F. Bydlinski – Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 132. Siehe auch B. Schilcher – Prinzipien und Regeln als Elemente einer Theorie gebundenen Ermessens, S. 154 f.

259 Die Theorie der individuellen Normen spielt eine große Rolle bei Hans Kelsen, namentlich wenn es um die richterliche Konkretisierung von Recht im richterlichen Urteil geht, die in die Setzung einer neuen, der Rechtsordnung vor dem Urteilsspruch nicht zugehört habenden individuellen Norm mündet: »Die individuelle Norm, die statuiert, daß gegen ein bestimmtes Individuum eine ganz bestimmte Sanktion gerichtet werden soll, ist erst durch die richterliche Entscheidung geschaffen, hat vorher nicht gegolten.« H. Kelsen – Reine Rechtslehre, S. 244.

Schon der Ausdruck ›eine (Rechts-)Regel anwenden‹ kann mehrfaches bedeuten[260]; so steht etwa die *autoritative Anwendung* des Richters oder hoheitlich tätigen Verwaltungsbeamten, die, wie es die generelle Regel vorgeben mag, eine individuelle Regel bilden und autoritativ (mittels Urteils bzw. Bescheides) aussprechen, neben der *theoretischen Anwendung* im Rahmen einer dogmatischen Überlegung; dieser tritt wiederum die antizipierende halb theoretische, halb praktische Interpretation des Rechtsunterworfenen an die Seite, der für sich Handlungsanleitungen aus den insgesamt ein Sanktionenregime organisierenden Regeln für die Staatsorgane herausdestilliert – so oder so ähnlich mag jedenfalls Kelsen sich die mittelbar handlungsleitende Funktion der Sanktionsnormen vorgestellt haben. ›Anwenden‹ meint in allen genannten Fällen jedenfalls soviel wie ›die Regel aufgreifen, verstehen und dann schließlich – unter Berücksichtigung des solchermaßen Verstandenen – handeln‹; nicht gemeint ist bloße unbewußte, wenn auch nicht zufällige Übereinstimmung, obwohl dann immer noch sich sagen ließe, ›es werde der Regel gefolgt‹.

Regeln, denen zunächst gar nicht anders entsprochen werden kann, als sie, wie expliziert, ›anzuwenden‹, sollen in der Folge *Typ-I-* oder explizite *ex-ante-Regeln* genannt werden. Ein Beispiel für derartige Regeln – es ist hier nicht unbedingt primär an Rechtsregeln zu denken – wären z.B. die eines eben erst erfundenen Spieles oder Inferenzregeln einer formalen Sprache mit Axiomen, Theoremen, Lemmata etc. Die (soziale) Praxis, ein solches Spiel zu spielen bzw. gültige Ausdrücke innerhalb der formalen Sprache abzuleiten, wäre durch die vorgegebenen Regeln restlos konstituiert[261], die gebotene Vorgangsweise ergäbe sich, Schritt für Schritt, durch explizite Anwendung des in der Regelformulierung Erkannten. Wesentlich für diesen Typus ist der konstitutive Charakter; Typ-I-Regeln werden immer in einem gewissen Umfang solche nichtverletzbaren Regeln enthalten; wer diese Regeln nicht einhält, verläßt das Spiel. Der Regelbegriff dieser Beispiele ist weitgefaßt und inkludiert gegebenenfalls auch Prinzipien, also die normative Anordnung von Abwägungen. Der Standpunkt der Regelanwendung ist notwendig ein interner, der Handelnde, der Spielende muß die Regel verstehen und danach sein Handeln bestimmen.

Diesem Regeltyp soll nun ein konträrer gegenübergestellt werden: die *Typ-II-* oder impliziten *ex-post*-Regeln. Paradigmatisch für diesen Typ sollen die grammatischen Regeln einer im Gebrauch befindlichen Sprache sein oder aber eine lebendige soziale Praxis, der unterstellt wird, in Regeln schematisierbar zu sein. Die Schematisierung erfolgt dabei ›im Nachhinein‹ an einem vorgegebenen Objekt (Sprache, Praxis) von

260 Vgl. G. Otte – Die Anwendung von Rechtsnormen mit und ohne Spielraum, S. 143.

261 Von den implizit zur Anwendung kommenden Regeln der Logik, Grammatik, Zeichendeutung etc. sei an dieser Stelle abstrahiert.

einem externen Standpunkt eines Beobachters aus, der das Verhalten analysierend der Prämisse unterstellt, es normativ strukturiert zu denken, also nicht etwa rein naturgesetzlich. Die Abgrenzung zur reinen Regelmäßigkeit mag hier z.T. schwierig und fließend sein. Man denke sich etwa die Bewegung von Menschen durch die Straßen einer Stadt unter der besonderen Bedingung, daß eine Mentalität vorherrscht, Umwege zu vermeiden. Bei der Analyse dieser Bewegungen ist für einen externen Beobachter zunächst unentscheidbar, ob bloße Regelmäßigkeiten vorliegen oder normative Regeln das beobachtete Rechts-Links an den Abzweigungen vorschreiben. Der Beobachter wird Hypothesen aufstellen und zuletzt in guter abendländisch-rationaler Tradition jene mit der geringsten Zahl an freien Parametern favorisieren. Er hat dabei auch keine Garantie, alle konstitutiven Regeln erfolgreich zu rekonstruieren bzw. diese von strategischen Regeln zu unterscheiden[262]. Egal ob nun erkannte Regelmäßigkeit oder konstruierte normative Typ-II-Regeln, der Beobachter wird, wenn er sich unters Volk mischt und dabei nicht auffallen will, sein konstruiertes Regelwerk lernen und ›anwenden‹ müssen: Aus den Typ-II-Regeln werden so unter der Hand solche des Typs I, und dieser Übergang, der an den Regeln selbst nichts ändert, ist nur eine Frage der pragmatischen Haltung zu diesen Regeln. Die Einwohner selbst ›wenden‹ die Regeln nicht an, sondern bewegen sich gemäß dieser Regeln.

Analog werden die grammatischen Regeln einer Sprache (im Regelfall) vom mit Sprachkompetenz versehenen Sprecher nicht im Sinne der oben besprochenen Typ-I-Regeln ›angewandt‹, er folgt diesen Regeln allenfalls, vielleicht ohne es zu wissen. Der Muttersprachler mag sogar erstaunt darüber sein, daß die ihm selbstverständliche Weise der Konstruktion von Sätzen bestimmten formulierbaren Regeln folgt, wenn man ihm diese explizit vor Augen hält[263]. Entsprechend ist auch hier der Übergang zwischen deskriptiver und normativer Grammatik fließend[264]. Wer verstanden werden will, muß (bis zu einem gewissen Grade) grammatisch korrekte Sätze bilden.

---

262 Vgl. R. Raz – Praktische Gründe und Normen, S. 74 f.

263 So werden dem indianischen Bauern entlegener Gebiete Südamerikas die 77 Regeln des *subjuntivo* (vgl. J. Borrego, J.G. Asencio, E. Prieto – el subjuntivo), die er perfekt beherrscht, wahrscheinlich unbekannt sein, in dem Sinne, daß er sie ›als Regeln‹ nicht zu formulieren weiß, implizit aber bekannt, wenn es darum geht, ›fehlerfrei‹ zu sprechen. Der Bauer freilich spricht freilich einfach, wie er es gewohnt ist; das Urteil, daß er ›korrekt‹ spricht, gehört schon der Metaebene des grammatischen Sprachspiels an.

264 »Jede Regelformulierung beschreibt ein Muster, das ›technisch‹ als Norm für die korrekte Erzeugung einer Äußerung gilt. In diesem Sinn ist jede Grammatik normativ. Zum reflektierten Umgang mit Grammatiken gehört jedoch die Einsicht, daß grammatische Regeln verändert werden können und praktisch ja auch werden. Im ›deskriptiven‹ Sinn bedeutet der Ausdruck ›grammatisch korrekt‹ eben nicht mehr als ›gemäß den Regeln der betreffenden Grammatik erzeugt‹. Daß man nicht anders reden dürfe, sagt dies nicht.« Ch. Stetter – Schrift und Sprache, S. 85.

Dieses ›Müssen‹ ist ein technisches ›Sollen‹ i.S. eines hypothetischen Imperativs und sagt nichts über moralische oder rechtliche Verpflichtung aus, dies zu tun. Eine bestimmte Grammatik ist ihrer Extension nach dann die Menge aller möglichen korrekten Sätze einer Sprache. In der Muttersprache wird dieses grammatische Regelwerk i.d.R. nicht ›angewendet‹, d.h. es wird in einer Weise unmittelbar gesprochen, die einen auch unbewußten Subsumtionsakt nicht vorkommen läßt. Geschähe dies doch, brächte es den Sprecher in die Situation des sprichwörtlichen Tausendfüßlers.

Anders ist die Situation bei der Fremdsprache: »Die Muttersprache *erwirbt* man […] im Prozeß der primären Sozialisation, die Fremdsprache *lernt* man wie die Schrift. Dazu braucht man eine Grammatik, dies definiert geradezu den Lernprozeß. Man fängt an, die fremde Sprache zu beherrschen, wenn man an die Grammatik nicht mehr denkt. […] Sprachbeherrschung und Gebrauch einer Grammatik schließen einander geradezu aus«[265]. Für das Erlernen einer Fremdsprache ist also die Anwendung der grammatischen Regeln, also deren pragmatisch motivierte Transformation vom Typ II in den Typ I, nur ein Durchgangsstadium, das verlassen zu haben geradezu als Kriterium für den Lernerfolg verwendet werden kann.

Schließt man den Fall reiner Kunstsprachen aus, dann geht das Sprechen selbst als ein ›Sprechen nach oder gemäß Regeln‹ dem grammatischen Typ-II-Regelwerk logisch und zeitlich immer voraus[266]. Die Regeln kommen zu spät, sie konstituieren die Sprache nicht – wovon aber offenbar John R. Searle ausgeht[267] –, sie konstituieren allenfalls ein besonderes Sprachspiel, das ›Bildung grammatisch korrekter Sätze einer Sprache‹ heißen könnte[268], und dieses setzt immer schon eine theoretische Distanz zum Ausgangsobjekt, die Sprache selbst, voraus. Die Behauptung des Gegenteils ist Ausdruck eines ›normativistischen‹ Vorurteils, das Festhalten daran Beispiel für den von Schmitt konstatierten Selbstbehauptungswillen der normativistischen Denkhaltung. Das Gesagte gilt für Typ-II-Regeln ganz allgemein: Wenn z.B. davon gesprochen wird, daß soziale Regeln ›sich etablieren‹, in der Art etwa, wie Rechtsgewohnheiten sich bilden, weil Menschen daran Gefallen finden, eine soziale Praxis zu schaffen, z.B. ein Spiel oder besondere Grußformen, und zwar

---

265 A.a.O. S. 78.

266 Das ist schon definitionsgemäß so, da Typ-II-Regeln erst an Hand einer normativen Interpretation einer *bestehenden* sozialen Praxis gewonnen werden.

267 »Die semantische Struktur einer Sprache läßt sich als eine auf Konventionen beruhende Realisierung einer Serie von Gruppen zugrundeliegender konstitutiver Regeln begreifen; Sprechakte sind Akte, für die charakteristisch ist, daß sie dadurch vollzogen werden, daß in Übereinstimmung mit solchen Gruppen konstitutiver Regeln Ausdrücke geäußert werden.« J.R. Searle – Sprechakte, S. 59. Dazu. S. Krämer – Sprache, Sprechakt, Kommunikation, S. 57 ff.

268 A.a.O. S. 264.

*ohne* dies durch ein Typ-I-Regelwerk explizit festzusetzen, einfach so, indem eine in den Anfängen vielleicht zufällige und formlose Spielerei oder Manier wiederholbare Züge ausbildet, die ab einem bestimmten Zeitpunkt ›plötzlich‹ normativ gedeutet werden. Diese Regeln haben dann immer *ex-post*-Charakter und sind das Ergebnis einer Interpretation der betreffenden Praxis. Aber es ist nicht so, daß ohne dieses reflektierende Verhältnis (das die dazugehörigen Regeln erst generiert und nicht bloß sichtbar macht) dieselbe nicht existieren könnte. Im Grunde bedarf es, um die Praxis zu vollziehen, gar keiner Regeln, sondern nur der konkreten Ordnung, die sie bildet, selbst. Der reflektierende Standpunkt, der die zur Praxis gehörigen Typ-II-Regeln erzeugt, muß weder bei interner noch externer Beobachtung eingenommen werden. Sowohl der Mitspieler als auch der externe Beobachter (z.B. ein Rechtshistoriker) können sich unmittelbar an der Ordnung/Praxis orientieren und bedürfen hypothetischer Regel-Zwischenglieder nicht.

Wie aber kommen wir überhaupt dazu, Sprache als durch eine Menge von Regeln konstituiert zu denken? Der Weg dorthin führt unausweichlich über die Schrift. Es sei hier die These Christian Stetters übernommen, wonach Schriftlichkeit eine nicht wegzudenkende Voraussetzung für die Bildung der Elemente ist, in die Sprache zerlegt gedacht wird und mit welchen Grammatik als Bausteine operiert. Schriftlichkeit wird damit zur Möglichkeitsbedingung für Grammatik, nicht aber für die ursprüngliche Sprachkompetenz selbst, als deren regelhafter Inbegriff Grammatik auftritt. Die grammatischen Regeln bilden einen Zusammenhang von Elementen (Buchstabe, Wort, Satz etc.) und Struktur. Die Struktur bedeutet eine Limitation für die Kombination der Elemente. Die Schrift führt – historisch – zu einer Standardisierung der Sprache, entscheidender aber noch zu deren Diskretisierung bzw. Digitalisierung. Gewöhnlich wird dabei das Schreiben als Abbildung von Lauten in Buchstaben gedeutet (Phonetisches Prinzip), nach Stetter verhält es sich aber umgekehrt: das Phonem ist Produkt der Schrift[269]. Die kontinuierliche Sprachfluß wird zerschnitten und portioniert, die Fragmente durch Phoneme repräsentiert, die wiederum zum Element der nächsthöheren Einheit werden, dem Wort; das Wort seinerseits ist diskretes Element des Satzes[270].

---

269 »Die Fixierung des Alphabets ist nicht als Prozeß zu verstehen, durch den Buchstaben auf ›Laute‹ abgebildet werden. Das Gegenteil ist der Fall. […] Vielmehr handelt es sich um eine Abbildung von bedeutungsdiskriminierenden Fragmenten des gesprochenen Worts auf die Menge der Buchstaben des jeweils verwendeten Alphabets. Man projiziert für sich allein sinnlich nicht wahrnehmbare, weil kontinuierliche Fragmente des gesprochenen Worts auf diskrete, für sich wahrnehmbare Zeichen. Erst in dieser Projektion gewinnt ›der‹ Laut seine Bestimmtheit.« Ch. Stetter – Schrift und Sprache, S. 60 f.

270 In gewisser Weise liegt hier das Urbild eines Modells von hoher Überzeugungskraft vor uns, das im Rahmen der analytischen Philosophie von Moore's und Russell's Zeiten an auf die Ontologie übertragen wurde und

Im folgenden sollen nun Argumente dafür angesprochen werden, daß ein Perspektivenwechsel nach diesem linguistischen Vorbild auch beim Verständnis vormodernen Rechts hilfreich sein kann; die analoge These lautet demnach: *Die Norm ist eine Folge der Schrift* – nur dadurch, daß Schriftlichkeit zur Setzung und ›Aufbewahrung‹ von Recht verwendet wurde, hat sich der Typus des Rechtssatzes und damit, als abstrakte Bedeutung des Rechtssatzes, der Typus der Norm etabliert. Auch hier leistet Schriftlichkeit der Diskretisierung und logischen Strukturierung Vorschub. Das Kontinuum konkreter rechtlicher Ordnungsmuster wird zerteilt und wieder zusammengesetzt aus normativen Bausteinen, die ihre Starrheit und Repetitierbarkeit erst aus ihrer schriftlichen Fixierung gewinnen. Hat sich historisch erst einmal die schriftliche Fixierung von Recht in Rechtssätzen etabliert und darüber hinaus eine Rechtskultur entwickelt, die die Vorteile schriftförmiger Gesetzgebung nutzt, dann wirkt das tiefgreifend auf das Verständnis von Recht zurück.

Diskretisiert wird nicht die Sprache, sondern soziale Institutionen. Diese erscheinen dabei als durch Normen konstituiert, nicht weil der normative Gehalt der Ordnung auf Sätze abgebildet wird, sondern weil in der Folge die diskrete Satzstruktur auch als Struktureigenschaft des Rechts selbst betrachtet wird, die durch die Normsätze nur wiedergegeben wird. Eine konkrete Ordnung, eine soziale Institution oder eine Rechtsgewohnheit, die auf diese Weise in einem abstrakten Normraum repräsentiert werden, dürfen jedoch nicht mit dieser Repräsentation gleichgesetzt oder verwechselt werden. Die Norm erhält von der konkreten Ordnung, der Institution oder der Rechtsgewohnheit als ganzer Sinn und Inhalt und nicht umgekehrt[271]. Erst durch die umfassende Etablierung von schriftförmiger Normsetzung (Gesetzgebung) erlangten Normen soweit konstitutiven Charakter, daß durch sie Institutionen geschaffen werden können. Die damit verbundene Geisteshaltung ist der Normativismus als ›juristische Denkart‹ i.S.v. SCHMITT.

---

von dort her auch die analytische Theorie der Norm demselben Gedanken unterworfen hat, die logisch-atomistische Auffassung der Wirklichkeit: »[…] the search for reality leads to smaller and smaller units, and terminates with simple concepts. In Moore's view these are – almost literally – the building blocks from which everything else is composed. The method of composition is a peculiarly simple one: it is conceived on the model of the relation of physical objects to its parts. It is just the relation which, in analysis, we mentally undo, decomposing the whole into its parts.« P. Hylton – Russell, Idealism and the Emergence of Analytical Philosophy, S. 146. Den Höhepunkt in der Gleichsetzung von Satzstruktur und Struktur der Wirklichkeit innerhalb dieser philosophischen Tradition bildet wohl Wittgensteins *Logisch-philosophische Abhandlung*; dazu J. Hintikka – An Anatomy of Wittgenstein's Picture Theory.

271 Davon geht aber offenbar der Institutionenbegriff von Ota Weinberger aus; vgl. ders. – Norm und Institution, 28.

Das Recht als soziale Institution ist in der vormodernen Welt als ›konkrete Ordnung‹ unmittelbar normativ und verdankt seine Normativität zumindest für die oben behandelten mittelalterlichen Rechtsschichten ›*recht*‹ und ›Gebot‹ nicht erst konstitutiven Typ-I-Regeln[272] – insofern ist Recht als konkrete Ordnung im Metarahmen der konkreten Ordnung zu sehen; ein Regelmodell dieser konkreten Institutionen wäre immer *ex-post* vom Typ II und niemals mehr als eine mehr oder minder brauchbare Beschreibung der Prozeduren und Ordnungsvorstellungen innerhalb der iterativen Selbstvergewisserung des Rechts im Konsens. Es darf nicht ohne weiters unterstellt werden, daß ein Typ-II-Regelwerk eine normative soziale Praxis vollständig erfassen kann – ebensowenig, daß die beschriebene Rechtspraxis ihrerseits für alle sozialen Konfliktfälle eine rechtliche Lösung bereitstellen kann – es ist ohne weiteres denkbar, daß dies nur fragmentarisch möglich ist[273]. Die unmittelbar wirksame Normativität der konkreten Ordnung erleidet dadurch eine nicht unwesentliche Verkürzung, daß konkrete Ordnungen nicht in dem ihnen gemäßen Medium der fortwährend repetierten und fortgesponnenen Erzählung verbleiben, sondern abgebildet werden auf eine endliche Menge von Sätzen (überwiegend des hochspezialisierten Satztyps des ›Normsatzes‹). Das Charakteristikum der Geschmeidigkeit dieser in unterschiedlichen Aspekten und Perspektiven immer wieder neu vorzutragenden ›Erzählungen‹, das oral geprägten Gesellschaften hilft, ihre normativen Randbedingungen mit den realen Lebensverhältnissen immer wieder in Einklang zu bringen, geht durch die schriftliche Fixierung erst einmal verloren. Der Text ist ›eingefroren‹, autoritativ und unveränderbar. Gerät der Kontext seiner Formulierung in Vergessenheit – dieser wird im Regelfall ja nicht mitverschriftet –, gewinnt der Text allein dadurch entweder an Allgemeinheit, Formelhaftigkeit und Eigenständigkeit, oder er wird im ungünstigen Fall unanwendbar; jedenfalls erfährt sein Sinn eine Veränderung[274]. Ein wiederholtes Vortragen ändert daran zunächst nichts (Der wiederholte Vortrag aus der Erinnerung und das wiederholte Vorlesen eines schriftlichen Texts haben ganz unterschiedliche Wirkung und Funktion). Es bedarf entwickelter Auslegungstechniken, um aus dieser Beschränkung wieder herauszukommen. Die mündliche Bewahrung des Rechts kann ohne den Prozeß wiederkehrender Repräsentation nicht auskommen, diese ist selbst integraler Bestandteil der konkreten Ordnung. Die Ordnung ist vielfach selbst nicht anderes als ihre ununterbrochene Wiederherstellung und Selbstinterpretation[275].

---

272 Das Auftreten ›statutarischer Willkür‹ könnte als ein erster Vorstoß in die Richtung betrachtet werden, Recht durch explizite Regeln zu schaffen; vgl. W. Ebel – Der Bürgereid.

273 Vgl. dazu J. Raz – Praktische Gründe und Normen, S. 74 f.

274 H. Keller, Ch. Dartmann – Inszenierungen von Ordnung und Konsens, S. 209.

275 Die Rechtsethnologie hat darauf hingewiesen, daß der Begriff Interpretation unterschiedliche Bedeu-

Durch ein derartiges prozedurales Verständnis institutioneller und ›nicht-regelhafter‹ Normativität entgeht man der Verwechslung der beiden Regeltypen, und unangemessene Modernismen in der Beschreibung mittelalterlichen Rechts lassen sich so vermeiden. ›Konkrete Ordnung‹ wird dabei als Gesamtheit sozialer Institutionen und als interpretative Praxis zugleich verstehbar. Mit diesem Normverständnis, das Normen keine konstitutive Rolle für soziale Institutionen zubilligt, sondern allenfalls eine Hilfsfunktion bei der Artikulierung von Momenten dieser Ordnung aus konkretem Anlaß, kann versucht werden, eine theoretische Fundierung für das Deutungsparadigma der ›Rechtsgewohnheiten‹ und Kroeschells ›nichtnormatives Recht‹ zu erreichen.

Die Stellung der Regel im konkreten Ordnungsdenken weist dieser also eine sekundäre, abgeleitete Position zu; damit ist natürlich die Frage nicht beantwortet, wie man sich eine derartige Ableitung vorzustellen hat, und damit auch, woher eine unmittelbar aus der Ordnung abgeleitete Norm ihre Geltungskraft bezieht. Das Mittel formaler Deduktion kommt hiefür nicht in Frage, denn das hieße ja gerade die Ordnung bzw. Institution in ein System von Normen aufzulösen. Fallnormen werden dort greifbar werden, wo es gilt, konkrete Konflikte zu lösen. Komplexe von Normen stellen dann so etwas wie lokale Miniaturnormensysteme (bestehend aus Typ-II-Regeln) für den konkreten Anlaßfall dar. Es muß aber gar nicht unbedingt zur gewohnheitsmäßigen Konfliktlösungspraxis gehören, daß anlaßbezogen Normen formuliert werden. Simon Roberts referiert ausführlich Beispiele, in denen die Streitparteien ausschließlich Tatsachen berichten und eine Diskussion über Verhaltensnormen gar nicht erst aufkommt[276]; die Normen bleiben, sofern überhaupt gebildet, im Hintergrund, in der Bewertung der Zuhörenden. ›Geltung‹ kann derlei Normen, seien sie nun explizit ausgesprochen oder in den Wertungen verborgen, insoweit zugeschrieben werden, als sie ins Gefüge der Erzählung ›passen‹, worüber zu entscheiden den Trägern dieser Erzählung obliegt, also der Rechtsgemeinschaft oder den Vornehmsten unter ihnen und natürlich den Streitparteien[277]. Die Geltung liegt also im Prozeß der Urteilsfindung bzw. Vergleichsverhandlung selbst begründet. Die *ad hoc* formulierte Norm bringt für den Streitfall relevante Aspekte

---

tung hat, je nachdem ob es um Textinterpretation oder um die Interpretation einer prozeduralen Praxis geht; unterschieden wird demnach ein *›rule-centered‹ paradigm* von einem *›processual‹ paradigm*; siehe W. Brown – The Use of Norms in Disputes in Early Medieval Bavaria, S. 16, im Anschluß an S. Roberts – Ordnung und Konflikt.

276 S. Roberts – Ordnung und Konflikt, S. 130 ff.

277 Ein ethnologisches Beispiel für ähnlich gelagerte Rechtspraxis findet sich in J. Goody – Die Logik der Schrift und die Organisation von Gesellschaft, S. 230 ff.

der Gesamtordnung mit dem Ergebnis auf den Punkt, daß es die Kohärenz der ›Erzählung‹ verlangt, einer Seite ›Recht‹ zu geben, oder daß durch Kompromißbildung die ›Erzählung‹ selbst einen Wandel erfährt, an den bei nächster Gelegenheit wieder abgeknüpft werden muß. Eine dritte Möglichkeit besteht im Scheitern – was von Jürgen Weitzel immer wieder betont wird. Es besteht dann gar kein Recht, vielmehr Unordnung oder Störung der Ordnung *(perturbatio).* Da das Recht nur ein bescheidenes Hilfsmittel zur Wahrung und Herstellung des Friedens ist, muß mit einem derartigen Scheitern immer gerechnet werden, und das Mittelalter war sich dessen in besonders intensiver Weise bewußt. Ein im Urteilsfindungsprozeß allenfalls formulierter Normkomplex hat aber aus diesen Gründen einen höchst beschränkten Anwendungsbereich; er gilt für den Einzelfall, wirft ein Schlaglicht auf die konkrete Ordnung in einer konkret herausgegriffenen Lage, diese wird aber auch durch die Überlagerung noch so vieler derartiger Normkomplexe nicht vollständig repräsentierbar oder gar ersetzbar. Es handelt sich immer um lokal vorgenommene Näherungen, so wie man in der Physik lokale Inertialsysteme definiert, weil in ihnen die physikalischen Gesetze besonders einfache Formen annehmen, aber man sich dessen bewußt bleibt, daß eine globale Beschreibung der Welt durch Inertialsysteme nicht möglich ist. Im ungelehrten mittelalterlichen Recht bedeutet die Knüpfung des Rechts an die konkrete Ordnung zugleich die Knüpfung an einen konkreten Urteilerkreis. Was immer an normativem Gehalt an der Ordnung abgelesen und verbal formuliert wird, es entzieht sich sowohl der Universalisierung als auch der Systematisierung als ›Norm‹, denn das Recht »lebt als erfahrbare Ordnung nur in überschaubaren räumlichen und sachlichen Lebenskreisen«[278].

### *Die Stellung der Entscheidung im konkreten Ordnungsdenken*

»Alles rechtswissenschaftliche Denken arbeitet sowohl mit Regeln, wie mit Entscheidungen, wie mit Ordnungen und Gestaltungen«[279] – ein typisch apodiktischer Carl-Schmitt-Satz vom Schlage seines berühmten »Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet«[280], kurz, eindringlich und je mehr jener preisgegeben haben will, was damit gemeint sei, den Leser allein lassend und sich verlierend im Undeutlichen. Daß Recht mit Entscheidungen zu tun hat, gerät darüber wieder zu der Binsenweisheit, die sie von Anfang an war, doch bleibt es nach wie vor schwer zu sagen, wie der entscheidende Übergang vom Allgemeinen zum Besonderen, von

278 J. Weitzel – Über Oberhöfe, Recht und Rechtszug, S. 34.
279 C. Schmitt – Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S. 7.
280 C. Schmitt – Politische Theologie, S. 11.

der Regel zum Urteil oder von der Ordnung zu ihrer gültigen Selbstdarstellung im Recht zu denken sei. Was ist eine juristische Entscheidung? Was macht eine juristische Entscheidung überdies zu einer juristisch *richtigen* Entscheidung? Wenn das juristische Denken gewohnt ist, im Zeitalter der expertengetragenen Rechtswissenschaft theoretisch wie praktisch mit Entscheidungen zu hantieren, indem diese gesammelt, interpretiert, systematisiert, bei Gelegenheit wieder hervorgezogen und mit dem ihnen eigenen Gewicht in neue juristische Gefechte geworfen werden, so muß man weiter fragen: Wie geht die vorwissenschaftliche Phase der Rechtskultur mit Entscheidungen um? Welche Bedeutung haben Entscheidungen in einem Recht, das von Laien, von den ›Rechtsgenossen‹ getragen wird?

Tritt man an die juristische Entscheidung[281] heran, so ist zuallererst an die enge Verknüpfung von Gericht und Entscheidung zu denken, die z.B. durchklingt in Karl Engischs Blick auf das ›Problem der Rechtskonkretisierung‹, d.h. »die Feststellung des in concreto rechtlich gesollten oder gedurften auf autoritäre Weise durch eigens berufene Anwender des Rechts, nämlich Gerichten und Verwaltungsbehörden […] und zwar in Gestalt von gerichtlichen Entscheidungen und Verwaltungsakten«[282]. Hinter der Entscheidung steht nicht nur das rechtliche Wissen, sondern vor allem die Autorität des Gerichts, d.h. letztlich die konzentrierte, alle anderen Gewalten relativierende Macht des Leviathans. Die rechtliche Entscheidung ist gleichsam der vernehmbare Takt der staatlichen Maschinerie, hastiger im Vergleich zum schwerfälligeren Prozeß der generellen Normsetzung, aber selbst nicht ohne Bezug zur Normsetzung, wie die analytische Rechtstheorie erkannt hat[283]. Es ist das Muster der autoritären Drittentscheidung, das hier evoziert wird, die Entscheidung als verbindliche Feststellung darüber, was im Einzelfall gilt, und seit Kelsen ist diese Entscheidung zugleich selbst als (individuelle) Norm mit eigener Fähigkeit zum Bestand (Rechtskraft) begriffen.

Wie im zweiten Abschnitt dieser Arbeit ausführlich dargestellt, fehlen der mittelalterlichen Rechtswelt entscheidende Voraussetzungen für echte Drittentscheidungen. Rechtliche Entscheidungen sind neben dem autoritären herrschaftlichen Aspekt stark durch konsensuale Momente geprägt. Es gilt darum, den Entscheidungsbegriff weiter zu fassen und neben der autoritären auch die einvernehmliche

---

281 Zur allgemeinen Charakteristik von Entscheidungen siehe J. Raz – Praktische Gründe und Normen, S. 86ff.

282 K. Engisch – Einführung in das juristische Denken, S. 44.

283 »*Rechtsentscheidung* wird ein Rechtsakt einer zuständigen Person oder Körperschaft genannt, durch den diese Person oder Körperschaft mit Bezug auf einen konkreten Fall eine individuelle Rechtsnorm setzt.« P. Koller – Theorie des Rechts, S. 188.

Entscheidung zu betrachten. Beiden gemeinsam ist die Fähigkeit, Recht zu ändern, d.h. die individuelle Rechtslage umzugestalten. Darüber hinaus ist noch die rein interpretierende, die Rechtslage im übrigen unberührt lassende Entscheidung zu unterscheiden, die jeder für sich vornimmt, der wissen will, was in einer konkreten Lage rechtlich gesollt ist und was rechtswidrig. Beide Entscheidungsformen, die förmlich rechtsändernde und die informell analysierende, sind nicht voneinander unabhängig, denn es geht das Recht selbst von einer Art prästabilierten Harmonie zwischen den *privatim* getroffenen Entscheidungen über das, was rechtens ist, und förmlich gerichtlich getroffenen Entscheidungen aus. Im gerichtlichen Verfahren, zumal im Strafprozeß, wird dem Rechtsunterworfenen grundsätzlich zugemutet, zu den selben inhaltlichen Ergebnissen beim Konkretisierungsprozeß zu kommen wie das Gericht – andernfalls wäre der Verstoß gegen Recht nicht vorwerfbar.

Ist das Verhältnis von Regel und Entscheidung unter den Bedingungen der vergleichsweise präzisen Systematik und Begrifflichkeit des modernen Rechts schon schwer genug zu verstehen, so gilt das für die die elaborierte Verfügbarkeit von Schriftlichkeit weitgehend entbehrenden frühmittelalterlichen Verhältnisse umso mehr: »Eine Gesellschaft, in der nicht alle wesentlichen Rechtsakte schriftlich festgehalten werden, kann nicht die präzisen Kategorien eines juristischen Systems zur Grundlage rechtlicher Entscheidungen machen. Schriftlichkeit und die Durchsetzung des begrifflich-systematischen Denkens gehen daher Hand in Hand«[284].

Eine Theorie, die das Recht als konkrete Ordnung versteht, muß aber legitimerweise Auskunft darüber geben, wie das Verhältnis zwischen dieser Ordnung und konkreten rechtlichen Entscheidungen bestimmt ist. Von der schriftrechtlich geprägten Vorstellung einer *Anwendung* des Rechts als präexistentes Korpus verfügbarer Rechtsregeln[285] muß man sich lösen. Welches Modell tritt aber an dessen Stelle? Es muß sich dabei um eine besondere Verknüpfung des je Konkreten in der Entscheidung wie in der Ordnung handeln, die nicht oder nur ansatzweise den Umweg über Abstraktionen wie ausformulierte Rechtsregeln nimmt. Die Ordnung ist dabei der fest bleibende Orientierungs- bzw. Interpretationsrahmen[286]. Wie aber und in welchem Umfang sind Entscheidungen durch die Ordnung determiniert?

---

284 K.v. Eickels –Tradierte Konzepte in neuen Ordnungen, S 98.

285 »*Rechtsanwendung* ist die Anwendung genereller Rechtsnormen auf konkrete Sachverhalte durch deren Subsumtion unter die in Betracht kommenden Rechtsregeln oder durch die Abwägung der jeweils relevanten Rechtsprinzipien.« P. Koller, a.a.O. S. 187.

286 Entscheidungen sind deshalb in unserem Zusammenhang immer Entscheidungen innerhalb der Ordnung. Entscheidungen über die Ordnung stehen allein Gott zu – noch der selbstbewußteste der *vicarii Christi* kann sich nicht anmaßen, die Ordnung *in toto* zu ändern.

Das Verhältnis von Entscheidung und Ordnung ist auch vor dem Hintergrund jener weniger präzisen Kategorien des Rechtlichen, die für das Frühmittelalter eigentümlich sind, insofern gleichgerichtet dem von Entscheidung und Norm, als es jeweils um ein Begründungsverhältnis geht. Normen sind handlungsleitend, sie liefern *Gründe* und sind ihrerseits begründet. Für die konkrete Ordnung gilt das auch, wenn auch in anderer Weise. Die Gründe für das Handeln oder Beurteilen als rechtmäßig/rechtswidrig (bzw. der Ordnung entsprechend/nicht enstprechend[287]) werden unmittelbar aus der Ordnung gewonnen und nicht über den Umweg einer aus der Ordnung erst zu destillierenden Norm. Insofern tritt in der Interpretation an die Stelle des *rule-centered paradigma* ein anderes Modell, das *processual paradigma*[288], denn das Gewinnen der für die Entscheidung relevanten Gründe ist nicht ohne den Prozeß zu denken, der die konkrete Ordnung fortwährend iterierend herstellt und als ganze repräsentiert. Beim Begriff ›Prozessual‹ ist dabei an jederlei konkrete Ordnung zu denken und nicht nur an das förmliche Gerichtsverfahren, wenngleich in diesem Rechtskonkretisierung in besonders eindringlicher, öffentlicher Weise praktiziert wird: Das Beweisurteil stellt »die für den Einzelfall konkretisierte allgemeine Rechtspflicht dar, die weder selbst Befehl ist noch unmittelbar geboten werden kann, sondern unter dem Einigungsdruck des Verfahrens […] durch Erfüllungsgelöbnis vollzogen werden muß«[289]. Bedeutsam für den konkreten Ordnungscharakter dieser Art von Entscheidung als förmliche Rechtskonkretisierung ist Weitzels Modell der konsensualen Existenzweise von Recht im Gericht: »Konkretisierung meint hier schlicht, daß das außerhalb des Wortes nicht greifbare Recht durch Aussprechen eine vorübergehende Form konkreter Existenz gewinnt. Es geht um eine Konkretisierung des Rechts, nicht um eine solche der als bekannt und feststehend voraussetzbaren Norm«[290].

Die konkrete Ordnung hat eine wesentliche Verankerung im Sozialen, das u.a. macht das Konkrete an ihr aus. Sie mag darüber hinaus kosmische, intelligible, normative Ordnung sein, insofern sie sozialer Natur ist, ist sie prozeßhaft und steht im Mittelalter unter der Vorherrschaft zyklischer Muster. Aus der sozialen Dimension

---

287 Rechtswidrigkeit und Ordnungsstörung kann, wofür Jürgen Weitzel Beispiele nennt, begrifflich zusammenfallen: »Malo ordine meint schlechthin den rechtswidrigen Zustand oder die rechtswidrige Handlung.« J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 812 FN 21. Zum *malo ordine possidere* siehe D. Werkmüller – ›Et ita est altercatio finita‹, S. 597.

288 Zur Unterscheidung dieser Begriffe im Anschluß an Simon Roberts siehe W. Brown – The Use of Norms in Disputes in Early Medieval Bavaria, S. 16, mit weiterführender Literatur.

289 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 868.

290 A.a.O. FN 15.

ergeben sich dabei drei wichtige Prinzipien der konkreten Ordnung und der durch diese determinierten juristischen Entscheidung:

(1) Die *Kohärenz der Ordnungs-Interpretationen*. Es ist nie einer allein, der in der Ordnung lebt und sie interpretiert, jede Handlung stellt eine Interpretation der Ordnung dar und ist insofern der Beurteilung, d.h. der Billigung/Mißbilligung durch andere ausgesetzt. Die Kohärenz dieser Urteile ist Ausdruck der ungestörten Ordnung und des ihr eigentümlichen (im Recht von Weitzel, für die Herrschaft von Schneidmüller betonten[291]) konsensualen Moments. Ist der Konsens gestört, so ist das einerseits ein Defekt der Ordnung *(perturbatio),* andererseits zugleich eines jener dynamischen Elemente, die eine Weiterentwicklung der Ordnung ermöglichen[292].

(2) Die *Gewichtung der Ordnungs-Interpretationen*. Jede Stellungnahme zur Ordnung, explizit oder implizit im Handeln, hat ihr eigenes Gewicht, weil jeder Handelnde als Person in der Ordnung seinen Platz und Rang hat, wie es sich u.a. in der Reihenfolge bei der Abgabe des Urteils im Gericht spiegelt[293].

(3) Das *Prinzip der Pluralität der Ordnungen*. Es gibt konkrete Ordnungen der unterschiedlichsten Größendimensionen und teleologischen Ausrichtungen. Sie sind zwar selbst wieder in eine umfassende letzte Ordnung integriert – insofern sich für das Mittelalter sagen läßt, »jede gesetzte Ordnung blieb Teil der Schöpfungsordnung«[294] –, aber nicht so, daß kategorisch jeder Widerspruch zwischen ihnen ausgeschlossen wäre, denn »es gab eine konkurrierende Pluralität von Ordnungen innerhalb einer übergreifenden komplexen Ordnung. Alle Ordnungen aller Beschreibungsebenen hatten ihr ›Eigenleben‹«[295]. Jede der Ordnungen, der eine Person angehört, liefert Handlungsgründe nach Maßgabe dieses ›Eigenlebens‹ bzw. der jeweils internen ›Sachlogik‹ der Ordnung. Die Sachlogik ist für den Involvierten unmittelbar durch die verwendete Symbolik zugänglich, in die einzuleben durch die aktive Teilnahme an den Handlungsformen der Ordnung garantiert wird.

---

291 Zu Weitzel siehe oben Abschnitt III, Kapitel 7, Unterkapitel *Der Rechtsbegriff Jürgen Weitzels*, *ad* (4) (*Recht = konkreter Konsens*); B. Schneidmüller – Konsensuale Herrschaft.

292 »Es gibt keine Statik von Ordnungen und Ordnungskonfigurationen, wenn offenbar überall und ständig Konflikte drohen und wenn es gar in das Ermessen, die Entscheidung des Handelnden gestellt ist, ob und wann sie die Ordnung oder den Konflikt wählen.« M. Kintzinger – Ordnungskonfigurationen im hohen Mittelalter, S. 425.

293 »Dabei hat jeder Stand seinen Platz im ordo, den die Urteiler dieses Standes grundsätzlich akzeptieren.« J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 981.

294 M. Kintzinger, a.a.O. S. 428.

295 A.a.O. S. 419.

Um die dabei denkbare Vielfalt nebeneinander bestehender und teilweise miteinander verschränkter Ordnungen zu illustrieren, seien ein paar Beispiele aufgezählt: das Verfahren der ›Spurfolge‹ und das ›Handhaftverfahren‹[296] sind konkrete Ordnungen, ebenso die ›Investitur‹[297], die ›Dinggenossenschaft‹[298], aber auch die ›Fehde‹[299] – die sozialen Verbände der ›Freunde‹, ›Verwandten‹ und ›Getreuen‹[300] bilden je eigene und ineinandergreifend konkrete Ordnungen. Auch scheinbar abstraktere Phänomene wie die ›Huld‹[301], die ›Ehre‹[302] oder das sozialregulierende kirchliche System der ›Bußpraxis‹, bilden ebenso konkrete Ordnungen wie zyklische Abläufe, z.B. der ›*ordo missae*‹ oder der Jahreslauf der bäuerlichen Arbeitsorganisation wie der Feste, aber auch Institutionen: das ›Königtum‹[303], das ›Lehnsver-

296 G. Dilcher – Die Zwangsgewalt und der Rechtsbegriff vorstaatlicher Ordnungen im Mittelalter, S. 131 f.; ders. – Recht ohne Staat, Rechtsdurchsetzung ohne Staat?, S. 144; vgl. zum konkreten Ordnungscharakter von archaischen Ritualen ähnlicher Art im frühen Rom *(Rechtsausübung als ritualisierter Zugriff)* F. Wieacker – Rechtsaustrag und Rechtsvorstellung im archaischen Rom bzw. ders. – Ius.

297 H. Keller – Die Investitur; S. Weinfurter – Investitur und Gnade.

298 »Das mittelalterliche Recht denkt konkret und anschaulich. Es kann seine Aufgabe sogar gerade darin sehen, die vorhandenen Unterschiede im Ansehen der Person zum Ausgangspunkt seiner Bemühungen um Streitverhütung und Streitbeilegung zu machen.« J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 147; vgl. a.a.O. S. 943.

299 G. Dilcher kennzeichnet die ›Blutfehde‹ als »›gemeingermanische‹ Institution, aber ethnologisch bekanntlich bis heute viel weiter verbreitete Erscheinung« (ders. – Leges, Gentes, Regna: Fragen und Probleme, S. 24); zu den typischen Merkmalen als ›Konkrete Ordnung‹: G. Dilcher – Die Zwangsgewalt und der Rechtsbegriff vorstaatlicher Ordnungen im Mittelalter, S. 137 ff.; Ch.H.F. Meyer – Freunde, Feinde, Fehde; T. Reuter – Unruhestiftung, Fehde, Rebellion, Widerstand.

300 G. Althoff – Verwandte, Freunde und Getreue; Ch.H.F. Meyer, a.a.O.; B. Schneidmüller – Konsensuale Herrschaft; R. Deutinger – Königsherrschaft im Ostfränkischen Reich, S. 94 ff. (*Fideles*).

301 G. Althoff – Huld; ders. – Das Privileg der deditio; vgl. S. Weinfurter – Investitur und Gnade, S. 109.

302 Das ›System der Ehre‹ trägt alle Zeichen einer konkreten Ordnung, voran das Erfordernis nach permanenter Repräsentation: »Der *honor* verlangte nach fortwährender Aktualisierung, nach immer neuer Anerkennung in der Öffentlichkeit.« (K. Görich – Eine Wende im Osten, S. 145); ›Ehre‹ bedeutet im Zusammenhang mit dem Reich, über die heutige Verwendung des Wortes hinausgehend, zugleich den Inbegriff von Rechten: »Unter ›*honor imperii*‹ verstand man jetzt [d.h. im 12. Jh.] einerseits die Würde und Hoheit des Reiches selbst, andererseits aber auch ganz konkrete Rechte, die mit der Ehre des Reiches als Institution in einem unmittelbaren Zusammenhang standen.« (G. Koch – Auf dem Wege zum Sacrum Imperium, S. 249). Zum Begriff des *honor imperii* P. Rassow – Honor imperii; bzw. *honor coronae* P. Classen – Corona Imperii, S. 97; zum Hintergrund jetzt K. Görich – Die Ehre Friedrich Barbarossas, S. 2 ff.; ders. – Ehre als Ordnungsfaktor.

303 H. Krause – Königtum und Rechtsordnung in der Zeit der sächsischen und salischen Herrscher, S. 13 f., S. 40 f.; S. Weinfurter – Ordnungskonfigurationen im Konflikt; T. Struve – Die Stellung des Königtums in der politischen Theorie der Salierzeit; G. Althoff – Königsherrschaft und Konfliktbewäl-

hältnis‹, die ›Stadt‹, das ›Kloster‹, die ›*vita communis*‹[304] oder der Klerus als Stand. Das Ordnungsmuster der konkreten Ordnung transzendiert selbst das Irdische: der Kosmos bildet eine Ordnung, die Engel leben anerkanntermaßen in konkreten Ordnungen (Chören)[305] und die Geschichte ist als geschichtstheologisch zu deutender konkreter Vollzug des Heilsgeschehens Ordnung zwischen Weltschöpfung und Weltgericht[306].

Die Ordnungen liefern Handlungsgründe immer in dem Maß indem sie zugleich besondere repräsentative Maßstabsfiguren bereitstellen: den ›gerechten König‹, den ›akzeptablen Vermittler‹, das ›korrekte Ritual‹, die ›angemessene Unterwerfungshandlung‹. Der Maßstab kann bildhaft verdichtet sein, auf ein Zeichen reduziert, oder strukturell komplex, wie die *regula Benedicti*, die den Maßstab für das richtige Leben im Kloster vorgibt und nicht mit einem kodifizierten Normensystem verwechselt werden darf[307].

---

tigung im 10. und 11. Jahrhundert. Ein schönes Beispiel für Königsauffassung aus konkretem Ordnungsdenken bringt Bernd Schneidmüller im Zusammenhang mit der Wahl Heinrichs II. im Jahr 1002: »Heinrich wurde deshalb König, weil er von Karl dem Großen abstammte, mit Königen verwandt war, alle nötigen Herrschereigenschaften besaß und von allen gewollt wurde. So klar vermochte das Mittelalter die in der modernen Forschung heftig diskutierten Antagonismen von Geblüts-, Erb- und Wahlrecht, von Idoneität oder von karolingischer Abkunft als Voraussetzung für Würdigkeit in wenige treffende Worte zusammenzufassen.« B. Schneidmüller – Otto III. – Heinrich II., S. 14.

304 Vgl. B. Schneidmüller, S. Weinfurter – Ordnungskonfigurationen, S. 8.

305 Siehe z.B. die von Dionysius Areopagita rezipierte Darstellung bei Otto von Freising, Chronica, S. 658: »*Tres angelorum ierarchias, id est sacros principatus, precipuus theologorum ponit Dionisius et unamquamque in tres ordines subdividens, ut novem angelorum ordines compleat, tria terna constituit. In prima ierarchia Seraphim, Cherubim, tronos, in secunda dominationes, potestates, virtutes, in tercia principatus, archangelos, angelos ponit. Primam autem ierarchiam immediate trinitatem circumstare ab eaque sola illuminari, secundam vero inter primam et ultimam mediam tam superiore illuminari quam inferiorem illuminare asserit.*« (»Der hervorragende Theologe Dionysius setzt drei Hierarchien, das heißt heilige Herrschaftsbezirke der Engel an, und indem er jede der drei Ordnungen unterteilt, kommt er auf dreimal drei, im Ganzen also neuen Ordnungen (Chöre) von Engeln. In die erste Hierarchie setzt er die Seraphim, die Cherubim und die Throne, in die zweite die Herrschaften, die Gewalten und die Kräfte, in die dritte die Fürstentümer, die Erzengel und die Engel. Die erste Hierarchie, so versichert er, umgebe unmittelbar die Dreifaltigkeit und werde von ihr allein erleuchtet, die zweite aber als die mittlere zwischen der ersten und der untersten, werde einerseits von der oberen erleuchtet, andererseits erleuchte sie die unterste.« A.a.O. S. 659); vgl. G. Wieland – Die Ordnung des Kosmos und die Unordnung der Welt; J. Miethke – Kirchenstruktur und Staatstheorien im Zeitalter der Scholastik, S. 136f.

306 Ein charakteristisches Beispiel für diese Geschichtsauffassung bildet in ihrer Gesamtkomposition die vorhin zitierte *Chronica sive historia de duabus civitatibus* Ottos von Freising; dazu H.W. Goetz – Die Rezeption der augustinischen civitas-Lehre in der Geschichtstheologie des 12. Jahrhunderts; ders. – Das Geschichtsbild Ottos von Freising.

307 Entgegen der Formulierung von Jürgen Schatz, nach der die *regula* ihrem »Wesen nach Rechtsnorm

Die Vielfalt der Zeichen in den mittelalterichen Kommunikationsprozessen wird mittels der Interpretation der Beteiligten, die, wie angedeutet, ein Mindestmaß an Kohärenz aufweisen muß, zur Repräsentation der Ordnung[308]. Die rituellen Formen, durch die diese interpretative Ordnung fortwährend aufrechterhalten wird[309], verbinden die *Einheit* von Zeichen, Interpretation und Ordnungsrepräsentation mit dem Moment der *Erinnerung* und der *Iteration*. Die *konkrete Ordnung* selbst ist als Einheit dieser rituellen Formen, ihrer Erinnerung und iterativen Vergegenwärtigung zu verstehen. Als Einheit umfaßt sie gleichermaßen die *reale* Seite, d.h. die faktische soziale Umsetzung, und die *ideale* Seite, d.h. den gedanklichen Hintergrund und die Erzeugung der Interpretationen. Sie ist also gleichzeitig das Ganze (der Prozeß der Ordnungsherstellung) und das in ihr Repräsentierte (die gewonnene Ordnung) und sie ist unausgesetztes Herstellen dieser Einheit. Die Rolle der Entscheidung ist es, im Prozeß der Herstellung der Ordnungsrepräsentationen Interpretationen zu liefern, die kohärente oder dissente Stellungnahmen herausfordern, die ihrerseits selbst wieder Interpretationen der Ordnung sind. Die rituelle Ordnungsrepräsentation nimmt den Weg eines Wechselspieles von Interpretationen durch Konfrontation und konsensuale Integration. Entscheidungen und Entscheidungsfindung sind in diesen Prozeß gebettet, in dem Recht als ›interpretative Praxis‹ zwar notwendig prozessual gefaßt werden, aber nicht gleichermaßen notwendig einen Regelbezug aufweisen muß. Im Falle eines extremen Dissenses ist die Ordnung gestört, und es wird unter diesen Umständen vielleicht unmöglich objektiv zwischen Recht und Unrecht unterscheiden zu können; die soziale Funktion der scheiternden Ordnung (z.B. des Dings) wird dann von anderen Ordnungen übernommen (z.B. der Vermittlung oder der Fehde). Das Verhältnis von scheiternder und ersatzweise eintretender Ordnung ist selbst geordnet, wobei grundsätzlich gilt, daß »Konflikt und Ordnung im Mittelalter keine Gegensätze waren.

war« (ders. – Imperium, Pax et Iustitia, S. 35), ist zu betonen: »Bei Benedikt meint der Terminus Regula nicht Rechts*grundsatz* oder Rechts*definition*, sondern Ordnung, Klosterordnung oder klösterliches Verfassungsstatut.« (U.K. Jacobs – Die Regula Benedicti als Rechtsbuch, S. 23). Damit sei keinesweges der fundamentale Sollenscharakter der *regula Benedicti* bestritten, wohl aber ihre Deutung als abstrakt zu nehmende Rechtsnorm: »Prägend für die Anfänge des christlichen Mönchtums ist ein mündlich überliefertes Regelwerk […]. die Regel, die sich eine Gemeinschaft in schriftlicher Form gibt, beruht auf der Geltungskraft einer seit langem gepflegten normativen Tradition; sie kann deshalb als ›verschriftete Mündlichkeit‹ betrachtet werden.« (K. Schreiner – Observatia regularis, S. 276).

308 Vgl. zum Verhältnis von Ritual, Zeichen und Kommunikation G. Althoff – Die Macht der Rituale, S. 23 ff.; ders. – Die Kultur der Zeichen und Symbole.

309 Die mittelalterliche Gesellschaft praktizierte »Rituale als die zentralen Verfahren zur Aufrechterhaltung und Wiederherstellung von Ordnung« (G. Althoff – Die Macht der Rituale, S. 26).

Konflikte waren vielmehr integraler Bestandteil von Ordnung, ihre Vermeidung oder Beendigung führte immer zur Ordnung zurück, und selbst ihr geregelter Austrag brach die Ordnung an sich nicht auf«[310], welche Auffassung nicht zuletzt der Fehde einen Status nicht ordnungs- oder rechtlosen Handelns verlieh. Aber auch innerhalb des Gerichts spielen mehrere Ordnungen ineinander, die – wie oben im zweiten Abschnitt herausgearbeitet – mit jeweils eigenen Rechtsbegriffen operieren: Ein Streit um *recht* (Rechtsgewohnheit) wird den Rechtsgenossen im Ding und ihrer Erinnerung überantwortet, aber das Gericht kann seine ›Funktion‹ nur erfüllen, wenn die anderen Komponenten, die herrschaftliche des Gebots und die freiwillige Selbstunterwerfung im Urteilserfüllungsvertrag hinzutreten. Der Vollzug aller dieser Ordnungen erfordert jedenfalls immer wieder neue Entscheidungen, die durchaus rechtliche Qualität haben und ihrerseits fortlaufende Ketten von Entscheidungen bedingen.

Die konkrete Ordnung ist sowohl *ideal* als auch *real* – sie hat normative Leitfunktion, diese aber nur insoweit sie gelebte Ordnung ist. Sowohl das Sein als auch das Sollen in dieser Ordnung sind essentiell dadurch charakterisiert, daß es gerade keine Seins-Sollens-Trennung gibt, wie sie die rechtspositivistische Doktrin für das Recht postuliert. In der diesseitigen Realisierung entbehrt die konkrete Ordnung in beiderlei Hinsicht der Perfektion – es ist ein falsches Bild vom mittelalterlichen *ordo*, die Krückenfunktion zu unterschlagen, die er erfüllt[311]. Entgegen dem Mythos vom unwandelbar in der im *ordo* ruhenden Mittelalter gibt es definitive Grenzen der sozialen Leistungsfähigkeit der Ordnungen, die nach dem alten AUGUSTINischen Grundsatz *plena securitas in hac vita non expectanda* zugleich auch definitive Grenzen des Rechts sind. Eine konkrete Folge dieser Imperfektion ist die allgegenwärtige Möglichkeit widerstreitenden Sollens und versagenden Rechts.

Die Entscheidung entspringt letztlich einem Abwägen aller durch die unterschiedlichen *ordines* gewichteten Handlungsgründe. Der Abwägungsprozeß hat dabei Ähnlichkeit zu dem, der im modernen Recht bei widerstreitenden Rechtsprinzipien vorzunehmen ist, mit dem wesentlichen Unterschied jedoch, daß die abzuwägenden Rechtsprinzipien heute i.d.R. Bestandteile ein und desselben Normensystems sind, die gegeneinander abzuwägenden konkreten Handlungsgründe im Mittelalter aber nicht unter einem gemeinsamen rechtlichen Oberbegriff standen[312]. Es ist

---

310 M. Kintzinger – Ordnungskonfigurationen im hohen Mittelalter, S. 425.

311 Insofern lassen sich Recht und Gerechtigkeit (letztere als Grenz- oder Horizontbegriff alles Rechtlichen) gegeneinander stellen: d.h. das bestehende Recht ist vom Standpunkt (göttlicher) Gerechtigkeit aus kritisierbar; vgl. J. Rückert – Rechtsbegriff und Rechtsbegriffe, S. 574.

312 Auch der Begriff des Handlungsgrundes oder der konkreten Ordnung (im hier verwendeten rechts-

dabei nicht ausgeschlossen, daß, um den Forderungen einer Ordnung zu entsprechen, andere Ordnungen gestört werden müssen – ein Auseinanderfallen, dessen letzter Rest im Umfeld positivierten Rechts in Konflikten zwischen moralischem Gebot und Rechtsgebot nachfühlbar ist, wenn eine Handlung z.B. rechtlich geboten, aber moralisch fragwürdig ist, oder umgekehrt, moralisch gefordert, aber durch positives Recht verboten ist. Eine allseitige Harmonie der Ordnungen war ohnehin nicht zu erwarten. Da konkrete Ordnung mehr umfaßt als nur rechtliche Aspekte, ist eine Entscheidung innerhalb einer konkreten Ordnung auch nur in gewisser Hinsicht rechtliche Entscheidung, d.h. Urteil über Recht/Unrecht. Wegen der noch nicht vollzogenen Ausdifferenzierung eines positiven Rechtsbereiches ist sie immer zugleich auch anderen Maßstäben unterworfen (moralischen, religiösen, Klugheitsanforderungen etc.), und sie ist – weil Recht innig an Gewalt geknüpft ist – *immer* auch eine politische Entscheidung[313]. Die politische Dimension artikuliert sich als Kehrseite des noch nicht ausgebildeten Gewaltmonopols: »Wer stark genug ist, kann sich dem Gerichtsweg entziehen und den Weg der ›Selbstgewalt‹ gehen. Wir haben in der Tat genügend Zeugnis, daß die gerichtliche Ladung wie die Urteilsvollstreckung immer ein prekärer Akt waren, wenn sie sich gegen einen Starken richteten«[314]. Die stete Bedrohung jeglicher ›ordnungsgemäßen‹ Hegung von Konflikten durch das inhärente Gewaltpotential spiegelt sich auf theoretischer Ebene in der damals wie heute bestehenden Unmöglichkeit, bündig zwischen rechtlichem und politischem Moment der Entscheidung, d.h. zwischen der Kategorisierung nach ›Recht und Unrecht‹ und der nach ›Freund und Feind‹, unterscheiden zu können. Als Ergebnis einer Abwägung der Handlungsgründe aller involvierten konkreten Ordnungen ist z.B. denkbar, daß jemand ein Recht nach der einen Ordnung *(consuetudo)* als bestehend anzuerkennen geneigt ist, es auf Grund von Verwandtschaftsbeziehungen zu einer der Streitparteien mit Waffengewalt zu bestreiten verpflichtet ist[315] und sich letztlich aus politischen Motiven neutral verhält, weil er auch zur anderen Streitpartei *in concreto* gute Beziehungen

technischen Sinn) sind aus der zeitlichen Distanz gewonnene Begriffe und keine, die dem Mittelalter zur Verfügung gestanden wären.

313 Vgl. die Fallbesprechung in H. Vollrath – Konfliktwahrnehmung und Konfliktdarstellung in erzählenden Quellen des 11. Jahrhunderts, S. 289.

314 G. Dilcher – Recht ohne Staat, Rechtsdurchsetzung ohne Staat?, S. 145.

315 Zum Beispiel in der Rolle eines Eidhelfers: »Denn die Eidhelfer mußten eine regelrechte Gratwanderung vollziehen, indem sie abzuwägen hatten zwischen Ehrgefühl und Solidarität zur eigenen Gruppe und den Forderungen nach Wahrhaftigkeit und Genugtuung, die der Gegner und die lokale Kommunität erhoben.« S. Esders – Der Reinigungseid mit Helfern, S. 61. Vgl. G. Althoff – Freunde, Verwandte und Getreue, S. 78.

unterhält und sich aus der Rolle des Vermittlers Prestige verspricht. Die ›materielle Rechtslage‹ hat in einem derartigen Prozeß dennoch ein eigenständiges Gewicht: zumindest erleichtert sie es im angeführten Beispiel als zusätzliches Argument, die Verwandtenpflicht zugunsten der Vermittlerrolle zurückzustellen[316].

›Materiellrechtliche Entscheidungen‹ oder eher Handlungsgründe, die *sub specie* eines ausdifferenzierten Rechts Rechtfertigung aus dem materiellen Gehalt des Rechts bedürften, bleiben im Abwägungsprozeß innerhalb von konkreten Ordnungen gemeinhin verborgen. Verborgen bleiben sie aber auch im förmlichen Verfahren. Das liegt nicht zuletzt im Zweck der besonderen Ordnung, die das dinggenossenschaftlich organiserte Gericht bildet, begründet. Diese Ordnung ist wesentlich Friedensordnung, d.h. auf Gewinnung oder Wiedergewinnung des Friedens gerichtete Ordnung. Das ist das moderne Gericht zwar auch, aber die mittelalterliche Frühform hat eine jenseits der formalen Prozeßleitung anzusiedelnde Kompetenz, verbindlich über das Bestehen oder Nichtbestehen materieller Rechte Drittentscheidungen treffen zu können, noch nicht errungen. Ein dem modernen Verfahrensgrundsatz der ›Erforschung der materiellen Wahrheit‹ analoges Prinzip bestand ebenso nicht. Wer also dem konkreten Ordnungsdenken als Rechtstheorie vorhält, daß es keine Theorie bereitstellt, wie rechtliche Entscheidungen aus der konkreten Ordnung ableitbar sind, wie es der Rechtspositivismus seinerseits mit dem Subsumtionsprinzip zu liefern prätendiert, verkennt, daß das konkrete Ordnungsdenken i.e.S. dort zur Anwendung kommen soll, wo materiellrechtliche Entscheidungen tief in den Ordnungsstrukturen verstrickt bleiben, nicht isoliert thematisiert werden und darum auch phänomenologisch nicht das Gesicht von Recht und Gericht prägen. Als Theorie ist das konkrete Ordnungsdenken eine Antwort auf Karl Kroeschells den Juristen befremdenden Schluß, es habe im Verfahren kein materielles Recht gegeben, weil »der ›objektive‹ Rechtsbegriff des deutschen Frühmittelalters ein formaler war«[317]. Das Verhältnis von Form und Inhalt, von ritueller Außenseite und im Zeichen ge- und verborgenem Inhalt ist aber das implizite Hauptthema von konkreten Ordnungen, die im oralen Medium ritueller Iteration leben. Die Lehre vom rein formalen Charakter des Rechts im Frühmittelalter schließt vom Sichtbaren aufs Wirkliche und verkürzt es damit er-

316 »Der Kreis der Gesippen und Helfer nahm normalerweise das Risiko der Fehde nur auf sich, wenn ein, nicht nur vom Täter als ›rechtmäßig‹ angesehener Grund für eine ›Todfeindschaft‹ vorlag, also auch das Ansehen der Sippe oder Gruppe bei Ausbleiben einer Reaktion in der Gemeinschaft gefährdert gewesen wäre.« G. Dilcher – Die Zwangsgewalt und der Rechtsbegriff vorstaatlicher Ordnungen im Mittelalter, S. 129.

317 K. Kroeschell – ›Rechtsfindung‹ S. 511.

heblich. Richtig ist, daß es keine materiellrechtlichen *Normen* gegeben hat und, wie Kroeschell ebenso bemerkt, daraus resultierend das »Recht nicht den Charakter einer abstrakt geltenden Normenordnung«[318] gehabt hat. Materielles Recht ist im konkreten Ordnungsdenken eine verborgene Dimension des Rechts und bestenfalls indirekt erschließbar.

Abwägung und Interpretation werden unterschiedliche Form und Gestalt annehmen, je nachdem, ob es um die Interpretation von Texten geht oder um die Interpretation einer sozialen Praxis. Die Notwendigkeit dieser Unterscheidung ist zugleich der Punkt, an dem Einsichten aus der von Ronald Dworkin entwickelten prozeduralen Rechtstheorie mit den Ansatz des konkreten Ordnungsdenkens nach Carl Schmitt in ein ergänzendes Verhältnis zueinander gebracht werden können. Recht als Ergebnis eines in der sozialen Praxis selbst verankerten Modus der ›konstruktiven Interpretation‹ eben dieser Praxis ist das Modell, das sich prozedural in die konkrete Ordnung fügt, um den Konkretisierungsvorgang im Recht zu verdeutlichen, den jede Entscheidung von rechtlicher Bedeutung innerhalb der Ordnung mit sich bringt. Dworkin unterscheidet bekanntlich in seinem Modell der konstruktiven Interpretation drei Phasen *(stages),* die ›präinterpretative‹, die ›interpretative‹ und die ›postinterpretative‹ Phase, wobei diese Stadien weniger den zeitlichen Ablauf als den logischen Aufbau des Prozesses abbilden. Das *präinterpretative* Stadium, »a ›preinterpretive‹ stage, in which the rules and standards taken to provide the tentative content of the practice are identifies«[319], dient der Vergewisserung und Identifikation des Gegenstandes, des Zwecks der Praxis sowie der diese tragenden Gemeinschaft. Die Praxis gewinnt ihre Identität durch die sie tragende Gemeinschaft, aber auch umgekehrt ist der Vollzug der Praxis für die Gemeinschaft identitätsstiftend, etwa im Falle der Dinggenossenschaft durch »die im jeweiligen Verfahren neu gewonnene Integration der Rechtsgenossen«[320], die sich ja nicht nur über das Recht verständigen, sondern immer auch über ihren jeweiligen Status. Alle die Praxis konstituierenden Momente und insbesondere die »interpretative Gemeinschaft [sind] durch einen weitgehenden Konsens auf dieser Ebene definiert«[321]. Aufgabe der zweiten, *interpretativen* Phase ist es, in einem Bündel

318 A.a.O. S. 512. Gerhard Dilcher formuliert: Im germanischen Gericht als »Prozeß der Konfliktbewältigung können wir kaum Rechtsnormen ermitteln, wenn auch sicher die Beteiligten von Vorstellungen von richtig und falsch, also von einer Ordnung ausgehen. Das Ding hat insofern Rechtscharakter, als ein Verfahren in sehr formalen Schritten vorangetrieben wird.« (ders. – Bildung, Konstanz und Wandel von Normen und Verfahren im Bereich mittelalterlicher Rechtsgewohnheit, S. 193).

319 R. Dworkin – Law's Empire, S. 65 f.

320 J. Weitzel – Dinggenossenschaft und Recht, S. 980.

321 C. Bittner – Recht als interpretative Praxis, S. 33.

von Prinzipien die Praxis »kohärent und konsistent zu rechtfertigen«[322]. Diese Art Rechtfertigung erfolgt im Mittelalter unmittelbar aus der Ordnung selbst heraus und nimmt, soweit eine Verbalisierung stattfindet, die Gestalt konkreter Prinzipien an, wie man sie z.B. in den überlieferten Rechtssprichworten erkennen kann. Das Rechtssprichwort ist im Prozeß beides – es ist *Rechtfertigung* für die Praxis und es ist *Ergebnis* des interpretativen Selbstvergewisserungsvorgangs durch die Praxis. Die *Entscheidung* fällt in der Auseinandersetzung des konkreten Falles mit eben diesen Prinzipien, wie sie im Angesicht des konkreten Falles reformuliert wurden. Die Prinzipien, an die sich die Gewichtungen im Abwägungsprozeß knüpfen, stehen so intermediär zwischen dem Einzelfall und der Rechtfertigung des institutionellen Ganzen. Die letzte Phase, die *postinterpretative*, dient der Rückschau, Bewertung und Fehlerkorrektur und besteht in der Einsicht, »daß bestimmte Verhaltensmuster, im Lichte der besten Rechtfertigung der Praxis besehen, als Fehler erscheinen und daher reformbedürftig seien«[323]. Spuren dieser Phase werden sich in mittelalterlichen konkreten Ordnungen nachweisen lassen, wenn sie auch gemeinhin nicht institutionalisiert worden ist, wie im langobardischen Recht, das einen formellen Rechtsbesserungsmechanismus entwickelt hat[324].

Die Modifikationen, die am DWORKINschen Modell vorzunehmen sind, resultieren hauptsächlich aus dem geringen Grad an Ausdifferenzierung des Rechts im Mittelalter. So sind die Dimensionen *fit* und *justify* nicht wirklich zu trennen, ebensowenig wie eine stringente Trennung von Politik und Recht möglich ist, und das gerade auch im förmlichen Verfahren des Gerichts: »Nicht umsonst urteilen die Mächtigsten und Angesehensten zuerst. Wir haben es hier nicht mit einer Rechtsanwendung durch interessenneutrale Fachleute zu tun, sondern die Interessen wirken, durch Verfahrensanforderungen und notwendige Rücksichtnahme auf Gegeninteressen gezügelt, unmittebar auf das Recht ein. Dabei hat jeder Stand seinen Platz im ordo, den die Urteiler dieses Standes grundsätzlich akzeptieren«[325], wie

322 A.a.O. S. 35; »Second, there must be an interpretive stage at which the interpreter settles on some general justification for the main elements of the practice identifies at the preinterpretive stage. This will consist of an argument why a practice of that general shape is worth pursuing, if it is. The justification need not fit every aspect or feature of the standing practice, but it must fit enough for the interpreter to be able to see himself as interpreting that practice, not inventing a new one.« R. Dworkin, a.a.O. S. 66.

323 C. Bittner, a.a.O.

324 H. Siems – Adsimilare, S. 158 ff.; G. Dilcher – Zeitbewußtsein und Gerechtigkeit im Bereich hochmittelalterlicher Rechtsgewohnheit, S. 35 ff.; ders. – Gesetzgebung, Verschriftlichung und Rechtserneuerung im Langobardenrecht.

325 J. Weitzel, a.a.O. S. 981.

Jürgen Weitzel ausführt. Auch wird man – als weitere Modifikation – das gebildete kohärente *set of principles* nicht mit Dworkin als *concept of law* auffassen können, sondern allenfalls als kohärentes *concept of order* mit inhärenten rechtlichen Aspekten. Ebenso entfällt in der Verwirklichung der dworkinschen *integrity* aus demselben Grund die Differenzierung in Gesetzgebung und Rechtsanwendung, wie sich die Prinzipien nicht an beamtete Richter wenden, sondern an jedermann. Eine vielleicht wichtigere Änderung im Ansatz besteht darin, daß die (auch für das moderne Recht heftig umstrittene) *right-answer-thesis* Dworkins, also die Auffassung, es gäbe für jeden Rechtsfall auch eine richtige Lösung, im mittelalterlichen Ordnungsverständnis keine Stützung findet. Ordnungen bleiben Lösungen durchaus schuldig – sie sind Werkzeug aus göttlicher Gnade, um die menschliche Bosheit zu bewältigen, und als solche nur beschränkt wirksam. Grundsätzlicher als diese praktische Dimension ist jedoch der theoretische Punkt, daß im Gegensatz zu Dworkins Ansatz, der das Recht, zwar nicht als Text, aber doch der Praxis vorausgehen läßt, eine prozedurale Auffassung des konkreten Ordnungsdenkens Recht und Entscheidung erst im Vollzug der Praxis selbst entstehen läßt und die Behauptung, daß dieses Recht zugleich jenes ist, ›wie es immer war‹, der Ebene der praxisstabilisierenden Rechtfertigungsgründe zuweist. Daß das Recht der Entscheidung nicht kompakt vorausliegt, sondern erst hergestellt wird, ist der Punkt, über den eine erfolgreiche Rechtspraxis als konkrete Ordnung fortwährend sich (selbst) täuschen muß.

Im fortgeschritteneren Stadium nach dem 12. Jahrhundert ändert sich dieses Verhältnis derart, daß juristische Entscheidungen wieder besser ins vertraute Bild juristischer Subsumtion passen und durch diese Figur rekonstruierbar werden. Nur die Allgemeingültigkeit des Modells sei im gleichen Atemzug bestritten: für das Frühmittelalter gilt es gar nicht, für die jüngere Zeit mit der Einschränkung des Bewußtseins des beschränkten Erklärungspotentials. So wie in der klassischen Elektrodynamik die Punktladung eine physikalische Abstraktion bleibt, letztlich ein ›Unding‹, und die Theorie dennoch im Rahmen ihres Geltungsbereiches gute Ergebnisse liefert, so hat auch eine juristische Subsumtionstheorie der Entscheidung ihren begrenzten ›Definitionsbereich‹. Charakterisiert wird diese Begrenzung durch den Verzicht, innerhalb dieser Theorie z.B. nach der Souveränität zu fragen, oder nach einer letzten normativen Begründung. Solches führt nur in Aporien. Das Funktionieren der Entscheidungsfindung und der Erklärungswert der Entscheidungstheorie gründen gleichermaßen in einem *externum*, der konkreten Ordnung.

## (10) Figurae ordinis

### *Die Stellung der Ordnung im konkreten Ordnungsdenken*

Im konkreten Ordnungsdenken in der Gestalt, wie es von Carl Schmitt als juristische Denkart entworfen wurde, sind der Ordnung spezifische Verkörperungen eigen, an denen die im Verhältnis zum Normativismus auf den Kopf gestellte Beziehung von Ordnung und Norm besonders hervortritt; dazu gehören (1) *rechtliche Institutionen* bis hin zum als »Institution der Institutionen«[326] verstandenen Staat, (2) ein die spezifische Sachlogik der konkreten Ordnung zum Ausdruck bringendes *Denken in Rechtslagen* und vor allem (3) die typische Verkörperung der Ordnungsidee in *repräsentativen Figuren*.

Im Verhältnis von ›Norm‹ und ›Institution‹ knüpft Schmitt an die Institutionenlehre Maurice Haurious an, in welcher dieser der Institution vor der Norm eindeutig den begrifflichen Vorrang einräumt[327]:

> »Selbst wenn es indessen zutreffen würde, daß die Rechtsnormen ein Element für die Erhaltung und Dauer der Institutionen darstellen, so könnte man daraus noch nicht den Schluß ziehen, daß sie auch als Kraft für die Schaffung der Institutionen wirksam wären. Hier aber liegt gerade das Problem: es handelt sich darum zu wissen, wo in der Gesellschaft die schöpferische Macht liegt: ob nämlich die Rechtsnormen die Institutionen geschaffen haben oder ob es nicht vielmehr gerade die Institutionen sind, die dank der ihnen eigenen Führungsmacht die Rechtsnormen schaffen. An dieser Frage nach der Initiative und der Schöpfung scheitert das System der objektiven Rechtsnorm.«[328]

Hauriou und ihm folgend Schmitt leiten aus dem Institutionencharakter eine Lehre vom unverbrüchlichen Kern einer jeden Staatsverfassung ab.[329] Die Anwendbarkeit des Institutionenbegriffs ist aber nicht auf die neuzeitliche Rechts- und Verfassungsentwicklung beschränkt, es lassen sich ihm – ohne dem Begriff

---

326 C. Schmitt – Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S. 55.

327 *Quasi* ein Gegenstück zum ›institutionellen Rechtspositivimus‹; vgl. O. Weinberger – Norm und Institution.

328 M. Hauriou – Die Theorie der Institution, S. 31 f. Zu einer reflektierten begrifflichen Kontrastierung von Institution und Rechtsregel kommt es indes in Haurious zitierter Schrift nicht. Der Institutionenbegriff ist so weit, daß er einerseits auch Rechtsnormen miterfassen kann (»So ist die fest verankerte Rechtsnorm eine Institution […]«; a.a.O. S. 35), andererseits finden sich Sätze, die der Rechtsregel wieder den Vorrang vor der Institution einzuräumen scheinen (»Institutionen entstehen, leben und sterben nach den Regeln des Rechts.« A.a.O.). Zu Haurious Institutionenlehre W. Fikentscher – Maurice Hauriou und die institutionelle Rechtslehre.

329 C. Schmitt – Legalität und Legitimität, S. 311; R. Schnur – Einführung zu ›Maurice Hauriou, Die Theorie der Institutionen, S. 22.

Gewalt anzutun und den Gedanken vom essentiellen Kern der Verfassungsordnung weiterspinnend – typische Phänomene des mittelalterlichen politischen Lebens unterstellen, wie etwa die im Konsens mit den Großen auszuübende Königsgewalt[330], die eigentümliche, sich einer restlosen Juridifizierung entziehende Stellung der ›Huld‹ als Herrschaftsinstrument[331] oder auch förmliche Praktiken im Rahmen der rechtsgewohnheitlichen Konstitution des mittelalterlichen Lebens wie die Ding-

330 Die Einbindung der Großen in die Herrschaft des Königs (Mitherrschaft des Adels) wird gewöhnlich unter dem Stichwort *consensus fidelium* behandelt; dazu F. Kern – Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im frühen Mittelalter, S. 269 ff., und die Monographie von Jürgen Hannig, der aber darin weniger eine allgemeine Strukturkonstante mittelalterlicher Herrschaft sieht, sondern einen politisch-propagandistischen Terminus der Karolingerzeit (J. Hannig – Consensus fidelium, S. 300); kritisch dazu G. Althoff – Colloquium familiare, colloquium secretum, colloquium publicum, S. 162; Althoff seinerseits rückt wiederum *consilium* und *iudicium* so nahe aneinander, daß er damit den Widerspruch Jürgen Weitzels hervorgerufen hat (J. Weitzel – Rezension zu ›G. Althoff, Spielregeln der Politik im Mittelalter‹ bzw. zu ›G. Althoff, H.-W. Goetz, E. Schubert (Hrsg.), Menschen im Schatten der Kathedrale‹, S. 694). Als institutioneller ›Verfassungs‹-Bestandteil ist aber die Teilhabe des Adels an der Königsherrschaft ebeno wichtiger und essentieller Teil der Repräsentation der gesamten Herrschaftsordnung wie das Gegengewicht der Heraushebung des Königs als *vicarius Christi* und *christus Domini* aus der Schicht der übrigen Herrschaftsträger: »Die häufigen Hinweise der Kapitularien auf *utilitas rei publicae*, *communis salus*, *consensus communis*, *consensus omnium*, *consensus unanimis*, insbesondere auf den *consensus fidelium* wollen nicht als inhaltsleere Rhetorik gelesen werden, sondern offenbaren ein ganz spezifisches Politik- und Herrschaftsverständnis aus dem fallweise ausgestalteten und auszugestaltenden Mit- und Gegeneinander vom *christus Domini* und den Adelsverbänden, die in den Quellen der Karolingerzeit als *populus* dem Herrscher zur Seite treten.« B. Schneidmüller – Konsensuale Herrschaft, S. 69. Herrschaftsrecht und Widerstandsrecht sind so antagonistische, aber gleichermaßen legitime Teile der sozialen Ordnung des Mittelalters.

331 Hier steht die Auffassung Gerd Althoffs (»Zum Entzug der Huld war schließlich [...] kein förmliches Gerichtsverfahren nötig, in dem der König oder Herr Standes- oder Stammesgenossen des Beklagten um ein Urteil bat, dem er dann beitrat.« Ders. – Huld, S. 204) der gegenteiligen Jürgen Weitzels gegenüber, der die Vorstellung kritisiert, »der Huldentzug und seine vernichtenden Folgen für Vermögen und Person des Beschuldigten könnten völlig außerhalb des Rechtsverfahrens und jeglicher Kontrolle durch das materielle Recht Platz greifen« (ders. – Dinggenossenschaft und Recht, S. 1171). Weitzel hält vielmehr eine sehr enge Bindung der Huld an *recht* und dinggenossenschaftliches Verfahren für gegeben. Der inneren Dynamik des Huldverhältnisses fehle es an einem geeigneten Mechanismus – wie z.B. dem des ›Eides‹ –, um den bindenden Rahmen der überkommenen Rechtsgewohnheiten zu sprengen: »Die Huld konnte deshalb, anders als die Willkür, nur Ergänzung, nicht Ablösung des rechts sein.« (a.a.O. S. 1192). Althoff betrachtet das Phänomen mehr aus politischer Perspektive mit charakteristisch undeutlichen Grenzen zur engeren Sphäre des streng Rechtlichen, aber deswegen nicht ungeregelt, sondern als festen Bestandteil der die soziale (Rang-)Ordnung konstituierenden ›Spielregeln des Politischen‹ einschließlich einer die konkrete Ordnung repräsentierenden »Verpflichtung zur Huld, die die Stellung jedes einzelnen in dieser Rangordnung direkt reflektierte« (ders. – Huld, S. 226). Huld ist für Althoff »nur eine Erscheinung auf dem weiten Feld der Rituale, Gesten und Spielregeln, die in ihrer Summe die Eigenart der politischen Interaktion im Mittelalter [...] ausmachen« (a.a.O.).

genossenschaft oder als »›gemeingermanische‹ Institution […] die Blutfehde«[332]. Institutionen bilden, obgleich nicht unwandelbar, eine »Kategorie der Dauer, der Beständigkeit und des Wirklichen«[333]; sie dienen dabei gemäß HAURIOU der Verwirklichung einer ›Leitidee‹. Dieser Leitidee widerstrebt – selbst im Falle von reinen Rechtsinstitutionen – eine restlose Repräsentation durch Rechtsnormen[334]. Die Leitidee der Institution ist der begriffliche Ort, an dem die Verschränkung von Recht, sozialer Gewalt und dem beidem erst Perspektive verleihenden Horizontbegriff alles Rechtlichen, der ›Gerechtigkeit‹, prinzipienhaft zum Ausdruck kommt: In der institutionellen Rechtslehre ist das Recht »eine Art Programm, das gleichzeitig auf die Herstellung von Sozialordnung und Gerechtigkeit eingerichtet ist«[335] – ein Gedanke, der der mittelalterlichen Auffassung von der Zusammengehörigkeit von Gerechtigkeit und Frieden nicht fernsteht[336].

Gemäß SCHMITTS Wertschätzung für HAURIOUS Institutionenbegriff fiele dieser mehr oder weniger mit dem Kerngedanken des konkreten Ordnungsdenkens zusammen[337]. Gegenbegriff zur konkret in sich geordneten Institution ist der eines regelbasierten Funktionalismus, dessen Inkarnation für SCHMITT der ›Fahrplan‹ ist:

> »Es gibt aber andere Bereiche menschlichen Daseins, für welche die Übertragung eines derartigen Funktionalismus der Regelhaftigkeit gerade das spezifisch *rechtliche* Wesen

---

332 G. Dilcher – Leges, Gentes, Regna: Fragen und Probleme, S. 24; unter den Begriff zu bringen sind sicher auch die von Dilcher a.a.O. erwähnten »Institutionen einer gentilen Gesellschaft […, wie] persönlicher Status, Verwandtschaft, Ehe, Erbe, Rechts an beweglichem Gut und an Grund und Boden, sowie deren Übertragung.«

333 M. Hauriou, a.a.O. S. 27.

334 »Die höchsten Formen indessen, nach denen die Leitidee einer Institution dahin angelegt ist, sich in dieser selbst subjektiv darzustellen, sind nicht im eigentlichen Sinn rechtlicher Herkunft, es sind vielmehr Formen der Moral oder der Einsicht, oder aber, wenn sie sich doch rechtlich einordnen lassen, sind es höherstehende Prinzipien des Rechts.« A.a.O. S. 55.

335 A.a.O. S. 91; vgl. W. Fikentscher – Maurice Hauriou und die institutionelle Rechtslehre, S. 573.

336 Vgl. H. Hattenhauer – Pax et iustitia, S. 3 ff.

337 »Die Lehre von der Institution, die *Maurice Hauriou* […] entwickelt hat, enthält seit der Herrschaft des juristischen Positivismus den ersten systematischen Versuch einer Wiederherstellung des konkreten Ordnungsdenkens« (C. Schmitt, a.a.O. S. 54), wobei schon »die bloße Wiederherstellung eines Begriffes der ›Institution‹ sowohl den bisherigen Normativismus, wie den Dezisionismus und damit auch den aus beiden zusammengesetzten Positivismus überwindet.« (A.a.O. S. 56). Siehe auch C. Schmitt – Freiheitsrechte und institutionelle Garantien, S. 172. Kritik an der Vereinnahmung Haurious durch Schmitt bei W. Fikentscher, a.a.O. S. 575 FN 57: »Unrichtig ist daher jede Berufung auf Hauriou, wenn sie der alleinigen Rechtfertigung kollektiver Autoritäten dienen soll, wie bei Carl Schmitts vom ›Führer der Bewegung‹ als letzter Instanz konkretisierter kollektiver Ordnung.«

der konkreten Ordnung zerstören würde. Das sind alle Lebensgebiete, die sich nicht verkehrsmäßig-technisch, sondern institutionell gestaltet haben. Sie haben ihre Begriffe von dem, was normal, normaler Typus und normale Situation ist, in sich selbst [...] Sie haben eine rechtliche Substanz, die wohl auch generelle Normen und Regelmäßigkeiten kennt, aber nur als Ausfluß dieser Substanz, aus ihrer konkreten eigenen inneren Ordnung heraus, die nicht die Summe jener Regeln und Funktionen ist. [...] Die konkrete innere Ordnung, Disziplin und Ehre jeder Institution widersteht, solange die Institution andauert, jedem Versuch restloser Normierung und Regelung.«[338]

Daß die Institution als Ausdruck der Ordnung nicht nur die Norm hervorbringt und inhaltlich bestimmt, sondern darüber hinaus auch eigengeartete Denkweisen im Umgang mit institutionenbezogenen Normkomplexen generiert und nachhaltig beinflußt, leitet zugleich über zu dem dem konkreten Ordnungsdenken eigenen *Denken in Rechtslagen*; das der Sache nach jedem Juristen, auch dem im positivistischen Normensystem agierenden, vertraut ist:

»Sachen- und Schuldrecht sind nicht Familien- und Erbrecht; das gesamte Zivilrecht in seiner konkret-unterscheidenden Einheit ist nicht das Strafrecht oder Verwaltungsrecht, usw. Jeder dieser Bereiche hat seine eigene innere Ordnung, seine eigene Logik und Sachstruktur, seine eigene Methodik. Strafrechtler denken anders als Familienrechtler oder gar Verfassungsrechtler, was sich bis hinein in Entscheidungen des BVerfG über Strafrechtsprobleme zeigt. Konkretes Ordnungsdenken heißt (und kann nichts anderes heißen als): diese Unterschiedenheit zu berücksichtigen, auf die damit geregelte Lebensverhältnisse zu beziehen und dies alles auf die Einheit des Zusammenlebens unter einer Verfassung zu beziehen.«[339]

Die abstrakte Rechtsnorm abstrahiert gerade auch von diesen Unterschieden in den Denkweisen. Die Lebensverhältnisse im Mittelalter dürften aber, weil ein einheitlicher übergreifender Rechtsbegriff noch nicht ausgebildet war, noch viel stärker von diesem Merkmal geprägt sein, daß die ineinandergefügten Ordnungen je eigene Denkweisen, Gegenstandsauffassungen und eigene ›Logiken‹ mitbedingen.

Ordnung und zumal die rechtliche und gesellschaftliche Ordnung im Mittelalter bedarf, wie man heute im Gefolge von Gerd Althoff nicht müde wird zu betonen, unausgesetzter Repräsentation durch Symbolhandeln und Rituale. In Schmitts Konzeption konkreter Ordnung tritt hier noch eine starke personenbezogene Komponente in der Repräsentation hinzu, ein repräsentativer Personalismus[340]: »Die Idee

338 C. Schmitt – Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S. 19 f.

339 W. Schild – Das konkrete Ordnungsdenken als Methode der Rechtshistorie, S. 150 f.

340 Vgl. dazu A. Adam – Rekonstruktion des Politischen, S. 96 ff.

der Repräsentation ist dagegen so sehr von dem Gedanken persönlicher Autorität beherrscht, daß sowohl der Repräsentant, als auch das Repräsentierte eine persönliche Würde behaupten muß. Repräsentieren kann im eminenten Sinne nur eine Person«[341]. Die moderne Mittelalterforschung sieht zwar auch die Frage der Ordnungsrepräsentation auf die öffentlich-kommunikative Darstellung von Ehre und Rang der Protagonisten konzentriert, aber weniger als Ausdruck eines notwendig persönlichen Charakters aller Repräsentation als vor dem Hintergrund, daß einer oralen oder semioralen Gesellschaft kein anderes Mittel zur Verfügung steht als iterative Ritualisierung in Verbindung mit Öffentlichkeit. Rituale erfüllen aus dieser Perspektive die Funktion »Ordnungen […] zeichenhaft und verbindlich zu konstituieren«[342], wobei die Rituale zugleich Gelegenheit gaben, »einen Platz in dieser Ordnung einzunehmen, die ungetrübten Beziehungen zu anderen zeichenhaft zum Ausdruck zu bringen und […] auf diese Weise Rechte und Pflichten anzuerkennen«[343]. Für Schmitt stehen im Zentrum der Repräsentation von konkreten Ordnungen nicht die von den handelnden Akteuren abstrahierten Symbole und Rituale wie bei Althoff, der sie in der Gestalt konstitutiver ›Spielregeln‹ wieder begrifflich dem Regelregime unterwirft und damit letztlich auch die dahinterstehenden Ordnungen, sondern die Akteure selbst als *Personen*, die als repräsentative Figuren Charakter und Inhalt einer konkreten Ordnung idealtypisch zum Ausdruck bringen. So kommt die oberste politische Herrschaftsordnung in der Figur des Königs zum Ausdruck, genauer im widerstreitenden Begriffspaar *rex iustus* und *tyrannus* als Repräsentation gerechter ungestörter Ordnung einerseits und falscher, gestörter Ordnung andererseits. Die konkrete Ordnung des Klosters spiegelt sich in den Gestalten des väterlichen Abtes[344] und

341 C. Schmitt – Römischer Katholizismus und politische Form, S. 35 f.

342 G. Althoff – Baupläne der Rituale im Mittelalter, S. 181.

343 A.a.O. S. 180.

344 Natürlich handelt es sich dabei um ein Ideal, das in der konkreten Wirklichkeit der für den König ressourcenmäßig wichtigen und damit mit Vertrauensleuten zu besetzenden Abteien von einem ›Pfründensystem‹ überlagert bzw. verdrängt wurde, das aber in sich wohl auch die Form einer konkreten Ordnung gehabt hat, die freilich der idealen eines benediktinischen Klosters diametral entgegenstehen konnte: »Daß Kapelläne und Kanzler sich naturgemäß überwiegend am Hof aufhielten und die Klöster, deren Abtstitel sie trugen, nur selten zu sehen bekamen, kann bei oberflächlicher Betrachtung ebenso irritieren wie der Umstand, daß es sich bei ihnen in der Regel gar nicht um Mönche, sondern um Weltgeistliche handelte, die zu Leitung eines Konvents im Sinne Benedikts wahrhaft wenig geeignet waren. Doch galt beides […] genauso für die ungleich zahlreicheren Kommendataräbte, denn es war im 9. Jahrhunder gängige Praxis, daß Bischöfe zugleich Äbte […] in einem Reichskloster oder sogar mehreren davon waren. […] An dieser gängigen Praxis […] änderten übrigens auch die verschiedenen Reformanläufe des 10. und 11. Jahrhunderts kaum etwas; erst die Herrschaft Kaiser Heinrichs V. brachte hier einen Einschnitt.« R. Deutinger – Königsherrschaft im Ostfränkischen Reich, S. 134 f.;

des gehorsamen Mönches. Ein anderes, rechtswissenschaftlich interessantes Beispiel dieser für konkrete Ordnungen unverzichtbaren repräsentativen Figuren wäre der *prudens sacerdos*, der ›weise Priester‹, aus dem *Sendhandbuch* Reginos von Prüm, dessen Deliktseinschätzung und Bußtarifzumessung zwar einerseits ans Schriftrecht gebunden wird (»*non ex corde suo, sed, sicut in poenitentiali scriptum est*«[345] solle er Bußen auferlegen), dem aber gegenläufig ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt bleibt, der sich am Konkreten orientiert und unter einer leitenden, die Positivität des Schriftrechts jedenfalls transzendierenden Idee steht: »Maßstab der priesterlichen Entscheidung ist das Seelenheil des Büßers«[346].

Die repräsentativen Figuren des *rex iustus*, des ›väterlichen Abtes‹[347] oder des *prudens sacerdos* sind konkret und lebendig gedacht, keine von ihnen ist ohne per-

---

weiter a.a.O. S. 143: »Die Loslösung des Abtamtes mit seiner rein materiellen Versorgungsfunktion vom inneren Leben des Klosters wurde seit dem späten 9. Jahrhundert noch weiter institutionalisiert, indem der Besitz zahlreicher Klöster in beliebig verfügbare Abtsgüter und allein dem Unterhalt der Mönche dienende Konventsgüter aufgeteilt wurde.«

345 Regino von Prüm, Libri duo de synodalibus causis et disciplinis ecclesiasticis I, Inquisitio n. 59, ed. W. Hartmann, S. 32. Allerdings wird die Schriftnormgebundenheit schon dadurch relativiert, daß – worauf Ludger Körntgen aufmerksam macht – Reginos Sendhandbuch offenläßt, welche Bußbücher, also welche normativen Texte, für den Prister bindend sein sollen (ders. – Bußbuch und Bußpraxis in der zweiten Hälfte des 9. Jahrhunderts, S. 202). Weiters muß die Frage aufgeworfen werden, ob es sich bei den Bußbüchern überhaupt um Rechtstexte handelt, inwieweit also die persönliche Buße im Rahmen der Seelsorge von der Strafe im Rechtssinn zu unterscheiden ist (vgl. dazu R. Kottje – ›Buße oder Strafe?‹). Rob Meens kommt in diesem Zusammenhang zu dem bemerkenswerten und ganz im Tenor der vorliegenden Arbeit liegenden Urteil: »Man kann sich deshalb fragen, ob der Unterschied zwischen Buße und Strafe oder zwischen Recht und Seelsorge, der für den Historiker und Rechtshistoriker so selbstverständlich ist, für den mittelalterlichen Benutzer unserer Quellen immer so klar und deutlich war. Das Einfließen von Konzilsbestimmungen in Bußbücher weist schon darauf hin, daß solche moderne Unterscheidungen nicht immer sinnvoll sind.« (Ders. – Die Bußbücher und das Recht im 9. und 10. Jahrhundert, S. 220).

346 H. Siems – In ordine posuimus, S. 81.

347 Die ›pneumatische‹ Vaterschaft des Abtes umfaßt in der Regel des heiligen Benedikt ein ganzes Programm, das zugleich den Abt persönlich bindet und die rechtliche Grundlage des Abtregimes im Kloster, den eigentlichen Kern der benediktinischen Klosterverfassung, begründet: »Der Abt ist seinen Mitmönchen demnach Vater, Lehrer, Arzt und Hirte.« (U.K. Jacobs – Die Regula Benedicti als Rechtsbuch, S. 15). »Vor allem das gesamte zweite Kapitel der Regula Benedicti und die zweite Hälfte des ergänzenden 64. Kapitels, das die Abtwahl regelt, verpflichten den Abt auf die pneumatische Vateridee und das Motiv des guten Hirten. […] Benedikt erwartet jedenfalls vom Abt ein hohes Führungscharisma; […] Der Abt steht im Mittelpunkt der Klosterverfassung: er vertritt das Kloster nach außen, […] er hat neben der Regierungsgewalt die klosterinterne Jurisdiktionsgewalt inne […]« (a.a.O. S. 16f.). Die Idee der Vaterschaft ist ganz an Christus ausgerichtet und nicht am *paterfamilias* des römischen Rechts (a.a.O. S. 17). Kein benediktinisches Kloster ist denkbar ohne die persönliche Repräsentation der leitenden Idee durch den Abt und die komplementäre repräsentative Figur des ›gehorsamen Mönches‹.

sönliche Autorität denkbar. Darin liegt ein Hauptunterschied zu modernen in funktionale Schemata eingebettete Maßstabsfiguren, wie z.B. dem *homo oeconomicus*, der als hochgradige Abstraktion und im neoklassischen Gewand als je nach Marktlage Käse durch Wurst oder umgekehrt Wurst durch Käse substituierender Nützlichkeitsfanatiker daherkommt[348]. Die repräsentative Figur einer konkreten Ordnung ist als solche unmittelbar befähigt, in der durch sie repräsentierten Ordnung auch zu leben und zu handeln: So könnte ein ›gerechter König‹ ein Königreich jederzeit auch tatsächlich regieren, weil er über alle Eigenschaften, die dafür nötig sind, idealtypisch verfügt, während der *homo oeconomicus* eine lebensunfähige Gestalt bleibt und letztlich nur zur Karikatur taugt.

Der Pluralität mittelalterlicher Ordnungen entspricht eine ebensolche der repräsentativen personellen Verkörperungen. Schmitt spricht von der »mittelalterlichen Fähigkeit der Bildung repräsentativer Figuren – der Papst, der Kaiser, der Mönch, der Ritter, der Kaufmann«[349], an anderer Stelle davon, daß derlei Figuren, »Begriffe wie König, Herrscher, Aufseher oder *gouvernor*, aber auch Richter und Gericht uns sofort in konkrete institutionelle Ordnungen [versetzen]«[350]. Personifiziert auftreten kann so zuletzt das Recht selbst, in Gestalt der *Iustitia* oder des *nomos basileus*, aber nur, wenn es »höchste, unabänderliche, aber konkrete Ordnungsqualitäten in sich [hat]«[351], wodurch sich verbietet, den *nomos* als Norm oder Normensystem zu deuten. Natürlich spricht Schmitt hier nicht als Mediävist, sondern bemüht lediglich ein vielleicht romantisiertes Mittelalterbild als Folie für die Kritik am von ihm bekämpften politischen Liberalismus. Dennoch bleibt der Zusammenhang von Ordnungsrepräsentation und personalem Element beachtenswert. Ordnung und personale Repräsentation sind tief ineinander verstrickt. Kehren wir als Beispiel dafür noch einmal zur Figur des *rex iustus* zurück.

---

348 Den schmucklosen Kosmos, den diese sterile Maßstabsfigur auszuschreiten vermag, hat uns Michael Baurmann vorgeführt; seine Charakterisierung lautet: »Grundlegend für den ökonomischen Ansatz ist das Verhaltensmodell des ›Homo oeconomicus‹ oder ›rationalen Nutzenmaximierers‹, wie es in der Wirtschaftswissenschaft zunächst für den Zweck der Erklärung wirtschaftlicher Phänomene konzipiert wurde. Für einen Homo oeconomicus zählen nur die Folgen, die sein Handeln im konkreten Einzelfall für seine Interessen und Wünsche hat. Er ist flexibel und anpassungsfähig und stellt sich auf jede neue Lage mit ihren besonderen ›Restriktionen‹ ein. Ein Homo oeconomicus entscheidet insbesondere konsequent ›opportunistisch‹. Er ordnet persönliche Interessen nicht aus eigenem Antrieb den Interessen anderer oder den Normen von Moral und Recht unter.« M. Baurmann – Der Markt der Tugend, S. 130.

349 C. Schmitt – Römischer Katholizismus und politische Form, S. 32.

350 C. Schmitt – Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, S. 15.

351 A.a.O.

Der Überhöhung des Königsamtes, dem nicht nur faktisch, sondern liturgisch in die Sphäre des Sakralen[352] reichenden Hervorragen aus der Schar der Großen[353], entspricht eine Letztverantwortung für *pax et iustitia*, die als Idealbegriffe im Sinne von AUGUSTINUS außerhalb der *civitas Dei*[354] nicht im eigentlichen Sinn realisierbar sind: wahrhaften Frieden und wahrhafte Gerechtigkeit gibt es auf Erden nicht und kann es unter der Bedingung der Erbsünde auch nicht geben[355]. Dennoch wird der König an diesem Ideal gemessen, darum, weil er *vicarius Christi* in seinem Reich ist, so wie der ›Abt‹ Stellvertreter Christi in seinem Kloster ist[356]. Am Ideal gemessen zu werden ist zulässig und notwendig, weil er als auch von diesem als legitim anerkannter Stellvertreter Christi den vollkommensten aller denkbaren Könige auf seiner Seite hat – zumindest gemäß der propagierten Herrschaftslegitimation[357]. Diesem kann er sich zwar entfremden und als Sünder im Bußritual

352 Zur Definition von ›Sakralität‹ F.-R. Erkens – Herrschersakralität im Mittelalter, S. 27 ff.; ders. – Vicarius Christi, sacratissimus legislator, sacra majestas, S. 10 ff.

353 Zur richtigen Einordnung dieser Vorrangstellung vgl. K.-H. Spieß – Rangdenken und Rangstreit im Mittelalter, S. 57 f.: »Bezeichnenderweise kam es im deutschen Reich nicht zu einer ›Entrükkung‹ oder Überhöhung des Regenten, wie sie aus Byzanz überliefert ist. Die Teilhabe der Großen an der Herrschaft ließ offenbar keine allzugroße Distanzierung zu, womit der Abbildcharakter der Rangordnung für die Verfassungswirklichkeit erneut bekräftigt wird.« Auch die Untersuchung von Ludger Körntgen *Königsherrschaft und Gottes Gnade* gibt Anlaß, den sakralen Aspekt nicht überzubewerten. Zur Kritik des Begriffs ›Sakralkönigtum‹ siehe auch J.I. Engels – Das ›Wesen‹ der Monarchie?

354 Vgl. H.W. Goetz – Die Rezeption der augustinischen civitas-Lehre in der Geschichtstheologie des 12. Jahrhunderts.

355 Vgl. W. Stürner – Peccatum und Potestas; B. Töpfer – Urzustand und Sündenfall in der mittelalterlichen Gesellschafts- und Staatstheorie. Die Grenze der sakralen Überhöhung zeigt sich im Herrschaftsverständnis Heinrichs III. daran, daß er sich mit seinem Anspruch, den i.d.S. unerreichbaren Frieden schlicht von oben herab befehlen und durch Inszenierungen öffentlichen ›Bußweinens‹ nachdrücklich fordern zu können, in den Augen des Klerus hart am Rande der Blasphemie befand. Vgl. S. Weinfurter – Ordnungskonfigurationen im Konflikt, S. 92 f.

356 »*Abbas* […] *Christi enim agere vices in monasterio creditur*« Regula Benedicti c. 2, 1–2 (»Der Glaube sagt ja: [Der Abt] vertritt im Kloster die Stelle Christi«; Text u. Übersetzung in: Die Benediktusregel, S. 74 f.); diese herausragende Stellung des Abtes bedeutet zuallererst einmal eine (verfassungsmäßige) Beschränkung seiner Gewalt und eine besondere persönliche Verantwortung: »*Ideoque abbas nihil, extra praeceptum domini quod sit, debet aut docere aut constituere vel iubere.*« Regula Benedicti c. 2, 4 (»Deshalb darf der Abt nur lehren oder bestimmen und befehlen, was der Weisung des Herrn entspricht.«, a.a.O.)

357 Der hohe Maßstab, an dem der König gemessen wird, erstreckt sich auch auf das persönliche Verhalten: »Es war eine Konsequenz der ottonisch-salischen Herrschertheologie, daß an den, der als König weit über alle Menschen erhaben war, auch die strengsten Maßstäbe angelegt werden mußten. Der König durfte durch sein Verhalten den seiner Herrschaft Unterworfenen kein Beispiel zum Schlechten

wieder zuwenden[358], aber weil seine Herrschaft immer in dieser idealen Beziehung steht, verbieten sich alle Grautöne einer realistischen Beurteilung seiner Befähigung zur Herrschaft.

Stefan Weinfurter meint aus dem *Mainzer Krönungsordo* von 960 ein ganzes Programm, ein »Idealprogramm und einen kirchlichen Auftrag« der königlichen Aufgaben und Tugenden ablesen zu können: »*iustitia*, *aequitas*, *misericordia* und *pietas* zu üben, die Stolzen zu demütigen, die Schwachen und Witwen zu schützen, Vorkämpfer und *defensor* der Kirche zu sein, gegen alle ihre Feinde ein festes Regiment zu führen, sie zu verfluchen und zu vernichten und die Eintracht des wahren Glaubens und Friedens herzustellen.«[359]

Die objektiven Komponenten der konkreten Ordnung ›Königsherrschaft‹, *pax* und *iustitia*, Freiheit und allgemeine Prosperität, sind bedingt und gespiegelt in den subjektiven Komponenten, die der König als repräsentative Figur in seiner Person mitbringen muß: *aequitas*, *misericordia*, *pietas*, *clementia* usf.[360]. Die rechte Herrschaft eines *rex iustus* macht ihn zum Verantwortlichen des Wohlergehens aller, er ist Garant der Freiheit[361] ebenso wie *auctor pacis*[362] und *auctor iustitiae*[363], Urheber von Frieden und Gerechtigkeit. Marita Blattmann unterscheidet in ihrer Untersuchung zum Gegentypus des ›unheilbringenden Königs‹ in diesem Zusammenhang von persönlicher Repräsentation (i.S. einer notwendig vorausgesetzten Verwirklichung essentieller persönlicher Merkmale) und gelungener *ordo*-gemäßer Königsherrschaft zwei Phasen, eine frühe, in der gleichsam ein metaphysischer Konnex zwischen den persönlichen Tugenden des Königs und dem Zustand des

---

geben und das Wohl aller nicht dadurch gefährden, daß er den Zorn Gottes auf sich zog.« H. Keller – Zwischen regionaler Begrenzung und universalem Horizont, S. 171.

358 F.-R. Erkens – Herrscharsakralität im Mittelalter, S. 159 ff.; S. Weinfurter – Ordnungskonfigurationen im Konflikt, S. 81 ff.; K. Schnith – Recht und Friede, S. 40 ff.; L. Bornscheur – Miseriae regum, S. 112 ff.; G. Althoff – Die Macht der Rituale, Kap III.3 *(Formen königlicher Selbstdemütigung)* S. 104 ff.; E. Boshof – Ludwig der Fromme, S. 199 f.

359 S. Weinfurter – Zur ›Funktion‹ des ottonischen und salischen Königtums, S. 349; siehe auch ders. – Idee und Funktion des ›Sakralkönigtums‹ bei den ottonischen und salischen Herrschern (10. und 11. Jahrhundert), S. 100 bzw. ders. – Autorität und Herrschaftsbegründung des Königs um die Jahrtausendwende; Text und deutsche Übersetzung des *Mainzer Krönungsordo* in Quellen zur deutschen Verfassungs-, Wirtschafts- und Sozialgeschichte bis 1250, ed. L. Wenrich, Nr. 11.

360 H. Fichtenau – Lebensordnungen des 10. Jahrhunderts, S. 238; G. Althoff – Baupläne der Rituale im Mittelalter, S. 184 f.

361 R. Schneider – Das Königtum als Integrationsfaktor im Reich, S. 212.

362 S. Weinfurter – Ordnungskonfigurationen im Konflikt, S. 90.

363 S. Weinfurter – Die Zentralisierung der Herrschaftsgewalt im Reich durch Kaiser Heinrich II., S. 287 f.

Reiches besteht, und einer zweiten, aufgeklärteren, in der ein schlechter, tugendloser König zum Nichtkönig, zum *tyrannus* mutiert, dessen Herrschaft nicht wie in der ersten Phase christlich-demütig zu ertragen ist, sondern entschieden zu bekämpfen bis hin zur Ab- und Ersetzung des Ungeeigneten. Für die erste Phase (bis ins 11. Jahrhundert) gilt:

> »Ob die Verbindungen des Königs mit dem Numinosen abreißen und er damit schlicht unwirksam wird, ob sich die Elemente gegen König und Volk verschworen haben oder ob Gott durch ein Strafgericht mit dem sündigen Herrscher zugleich das verführte Volk züchtigt: immer gerät die Welt aus den Fugen, weil mit dem König etwas ›nicht in Ordnung‹ ist. Die Katastrophen bringen die Welt nicht wieder in Ordnung […]«[364]

Die Verschränkung von konkreter Ordnung und repräsentativer Figur bleibt in der jüngeren Phase (seit Kaiser Heinrich IV.) grundsätzlich bestehen, jedoch ist sie politisch verschärft, weil dem Tugendmangel des Königs jetzt legitimatorische Kraft für den Widerstand gegen ihn zugemessen wird. Als politische Begriffe sind *iustitia*, *aequitas*, *misericordia*, *pietas* usw. zugleich polemische Begriffe, d.h. sie sind entweder, wie die Arengen der Königsurkunden[365] oder herrscherapologetische Schriften es künden[366], in idealer Weise erfüllt oder, wie typischerweise von den politischen Gegnern behauptet, ganz und gar nicht. Paradigmatisches Beispiel dafür ist die Auseinandersetzung König Heinrichs IV. mit den Sachsen. Stellt die V*ita Heinrici IV imperatoris* ganz unmittelbar einen Zusammenhang zwischen dem Leben Heinrichs und der Verwirklichung von Frieden und Gerechtigkeit her (»*Nam illo recedente, iusticia terras reliquit, pax abiit, fraus in locum fidei subintravit.*«)[367] und weist dem Kaiser in der Weise eines großangelegten *planctus* ganz charakteristische Herrschertugenden wie *humanitas*, *pietas*, *misericordia* und *humilitas* zu[368], so fehlen diese in dem die Sichtweise der sächsischen Opposition spiegelnden *Saxonicum bellum Brunonis* gänzlich[369] – ja Heinrichs Mangel an Herrscherqualitäten ist

364 Marita Blattmann – ›Ein Unglück für sein Volk‹, S. 98 f.

365 Vgl. H. Fichtenau – Arenga, insbes. S. 39 *(clementia, misericordia, iustitia, pietas)*, S. 48 *(clementia, pietas)*, S. 57 *(aequitas)*.

366 Z.B. Wipos *Tetralogus*; dazu S. Weinfurter – Idee und Funktion des ›Sakralkönigtums‹ bei den ottonischen und salischen Herrschern (10. und 11. Jahrhundert), S. 119, ders. – Canossa, S. 67 bzw. K. Schnith – Recht und Friede, S. 25 ff.

367 »Denn da er geschieden war, verschwand auch die Gerechtigkeit aus der Welt, der Friede ging fort, und Lug und Trug traten an die Stelle des Rechts.« Vita Heinrici Imperatoris, c. 1, ed. F.-J. Schmale, I. Schmale-Ott, S. 408/409.

368 A.a.O. S. 410. bzw. 412.

369 S. Weinfurter – Canossa, S. 66 ff.

nach dieser Quelle grundsätzlich schon in seiner verfehlten Erziehung angelegt. HEINRICH IV. ist in den Augen der Sachsen Tyrann und nicht König, von Kindheit an repräsentiert er die falsche Ordnung[370].

In der konkreten Ordnung verschränken sich politische Grundmuster und rechtliche Erwartungsstrukturen mit persönlicher Repräsentation *(auctoritas)*. Wenn dies für den König bedeutet, seine »Aufgabe beinhalte in erster Linie die Bewahrung der Rang- bzw. ›Rechts‹-Ordnung«[371] verbunden mit der Verpflichtung auf einen *ordo aequitatis*[372], der den Großen eine angemessene Teilhabe an der Herrschaft garantiert, so berührt die Einbettung des Verhältnisses von König und Recht in die konkrete Ordnung auch die Qualität des Rechts bzw. den Rechtsbegriff selbst. Im vom König gewährten und bekräftigten Privileg offenbart sich seine Frieden und Gerechtigkeit wahrende Sorge für den kontinuierlichen Fortbestand von Recht und anerkannten Rechtspositionen. Sowohl der Privilegientext als auch das darin zum Ausdruck kommende Recht oder Rechtsverhältnis werden damit als Teil derselben Ordnung erwiesen, in der auch der König seinen charakteristischen Platz hat:

> »Insofern zeigt jedes Privileg, daß der König das ihm von Gott übertragene Amt erfüllt, aber nicht nur in verbaler Deklaration. Ein Privileg demonstriert vielmehr, daß es vor dem König und durch sein – vermittelndes, drohendes, auch Zwang nicht scheuendes – Handeln zu einer anerkannten Vereinbarung gekommen ist, die er selbst mit der ganzen Autorität seines Gottesgnadentums sanktioniert. […] Das Diplom ist nicht nur als Textdenkmal zu verstehen, sondern als symbolische Bekräftigung der Übereinstimmung im Zeichen übergeordneter Werte, um eine potentielle Konfliktsituation im Bereich friedlichen Zusammenlebens, einer vom König im Namen Gottes gesicherten Ordnung, zu halten. […] der Privilegierungsakt zeigt den Herrscher in Ausübung der von ihm geforderten Tugenden: Gottesverehrung, Huld und Güte, Gerechtigkeit.«[373]

---

370 M. Suchan – Königsherrschaft im Streit, S. 32 f. Zum ideologischen Hintergrund auf seiten der Sachsen K. Leyser – Von sächsischen Freiheiten zur Freiheit Sachsens, S. 77 ff. Auch auf kirchlicher Seite erfolgt die Qualifizierung nicht erwartungskonformen Herrscherverhaltens nicht minder scharf; vgl. N. Staubach – Der König als membrum diaboli? Der König wird zum Häretiker, wobei in der Auseinandersetzung zwischen Heinrich IV. und Gregor VII. der Übergang zu einem formellen Häresiebegriff auffällt: Häretiker ist nicht bloß, wer bestimmte kirchlich verurteilte inhaltliche Lehren vertritt, sondern der, der sich gegen die Anordnungen des Papstes wendet; vgl. J. Laudage – Gregorianische Reform und Investiturstreit, S. 93 f.

371 M. Suchan, a.a.O. S. 48.

372 »Heißt aequitas Gerechtigkeit, so ist der ordo aequitatis in höchster Bedeutung die gerechte Weltordnung, Spiegelbild des ordo Divinum […]« E. Kaufmann – Aequitatis iudicium, S. 29.

373 H. Keller, Ch. Dartmann – Inszenierungen von Ordnung und Konsens, S. 211 f.

Recht ist so identisch mit der konkreten Ordnung oder es ist doch jener integrale Teil der Ordnung, der unter der Perspektive historisch erst später im Prozeß der Ausdifferenzierung des Rechtlichen gewonnenen Kategorien als ›rechtlich‹ an der Ordnung wahrnehmbar wird; zur abstrakten Norm wird es deswegen nicht – vielmehr gilt: der im Privileg (wieder und wieder) bestätigte Rechtszustand, der »pristinus status war nicht ein zum Text geronnenes formales Recht, sondern er war Teil der Ordnung, die lebte und die es, orientiert an der auctoritas der Vorurkunden, im aktuell gefundenen Konsens immer wieder neu herzustellen galt. Dies zu tun und zu garantieren, war ein wesentlicher Inhalt des Königsamtes«[374].

Für das Mittelalter fällt es leicht, diesem einen Begriff zu unterstellen, der die Welt als Kosmos, als Ordnung von Ordnungen begreift, die zugleich festgefügt in einer letzten, umfassenden, göttlichen Ordnung ruht[375] – es fällt leicht, weil es sich dabei um ein Klischee handelt, das vom allumgreifenden ›mittelalterlichen Ordnungsdenken‹. Der Ordo-Gedanke geriet geradezu zum »*Signum einer Epoche*«[376]. Sofort fühlt man sich bei diesem Begriff genötigt, an gotische Kathedralen zu denken, an scholastische Summen und an vermutete tiefgreifende Verbindungslinien zwischen diesen beiden Archetypen moderner Vorstellungen von mittelalterlicher Ordnung. Das Mittelalter wird dabei hingestellt, als sei es gleichsam in Ordnung erstarrt, von Natur aus einer Gleichförmigkeit ausgeliefert und von einem Ordnungsbegriff dominiert, der alles, auch sich selbst, durchdringt als »die Ordnung, durch welche alle einzelnen ordines zusammengefaßt werden«[377]. Daß dies möglicherweise zu stilisiert sei, der Erkenntniswert des Gedankens gering und die tiefgreifenden metaphysischen Zusammenhänge vielleicht im einzelnen nicht existieren (z.B. der angedeutete zwischen gotischer Architektur und scholastischem Lehrwerk[378]), derlei ideologiekritische Fingerübungen wird man von einer Wis-

374 A.a.O. S. 212.

375 »In der Tat erscheinen mir die Ordnungsvorstellungen gerade in jener Zeit sehr durchdrungen von der Überzeugung geleitet zu sein, daß die Vielfalt der Dinge und Erscheinungen in einem festen Ordnungszusammenhang steht, weil jedem Einzelnen sein spezifischer Platz im Ganzen zukommt […] Alles Konkrete, aber auch alles Erdachte […] steht in einer wesenhaften Relation zu anderem und hat seinen vorbestimmten Ort im Ganzen. […] Der Schlüssel zur Erklärung der Welt, der jenseitigen Dinge ebenso wie all dessen, was unter dem Himmel ist, [liegt] in der Verortung der Vielfalt mitsamt allen einzelnen Erscheinungen in dem von Gott vorgedachten Ganzen.« H. Keller – Ordnungsvorstellungen, Erfahrungshorizonte und Welterfassung im kulturellen Wandel des 12./13. Jahrhunderts, S. 263 f.

376 B. Jussen – Ordo zwischen Ideengeschichte und Lexikometrie, S. 234: »Insgesamt besteht in der Forschung kaum ein Zweifel daran, dass *ordo* ein zentraler, wenn nicht der Leitbegriff *der* mittelalterlichen Welt- und Gesellschaftsdeutung ist.«

377 L. Manz – Der Ordo-Gedanke, S. 44; hier ausgeführt am Beispiel eines Texts von Wilhelm von Auvergne.

378 So jüngst das Résumé von Peter Kurmann: »Wir kommen zu dem Schluß, daß es ein aus philoso-

senschaft durchaus erwarten dürfen, die auch sonst nicht sich gescheut hat, alteingesessene Begriffe wie ›Herrschaft‹, ›Sippe‹, ›Treue‹ oder zuletzt das ›Germanische‹[379] u.s.f. zu demontieren und aus dem wissenschaftlichen Begriffskanon zu streichen. Läßt man i.d.S. *ordo* als Leitbegriff purifizierend beiseite und bekennt, »*die* Ordnung gibt und gab es nicht, auch keine Vorstellung von *der* Ordnung und keinen einheitlichen Begriff *dafür*«[380], so bleibt phänomenal immer noch die Vielzahl der konkret abgrenzbaren *ordines*, die als Ordnungen zu verstehen, wenn auch jetzt im Sinne eines wissenschaftlichen Begriffs aus der Distanz, möglich und vertretbar bleibt. Man muß sich nur bewußt sein, daß von Ordnung zu sprechen hier zugleich die ordnende Tätigkeit des Wissenschaftlers einschließt; mit diesem Korrektiv versehen läßt sich dann wieder sagen: »Es gab eine konkurrierende Pluralität von Ordnungen innerhalb einer übergreifenden, komplexen Ordnung. Alle Ordnungen aller Beschreibungsebenen hatten ihr ›Eigenleben‹«[381].

Nähern wir uns der Vielzahl der Phänomene über die Betrachtung der Homonymie im »Begriffsfeld *ordo*«[382], also jener »zahllosen Bedeutungen von ›Ordnung‹, die jede Definition zur Makulatur werden lassen«[383]. Wenn kritisiert wurde, daß »das Ensemble dieser ›Bedeutungen‹ in ihren wechselseitigen Verkopplungen«[384] mehr summarische Darstellungen denn eingehende Untersuchungen gefunden habe und man nach wie vor auf »einige Lexikonsynthesen« angewiesen sei, so kann ein adäquates Eindringen an dieser Stelle natürlich auch nicht geleistet werden. Stattdessen soll im Vorfeld der eigentlich interessierenden Frage, »in welchem Verhältnis Ordnung und Recht zueinander stehen«[385], der Versuch unternommen werden, einige charakteristische gemeinsame Züge in der breiten Verwendung von *ordo* herauszuarbeiten.

*Ordo* steht – trotz aller Übertragbarkeit auf Ontologie, Kosmologie und geistige Strukturen – von Anfang an in einer sozialen Konnotation. Schon die antike Wortbedeutung ließ, aus der militärischen Formation herrührend, die Anwendung auf soziale Gliederungen zu. Im christlichen Zusammenhang begegnen früh Klerus und

---

phisch-theologischen Traktaten oder aus enzyklopädischen Vorgaben entwickeltes Ordnungsprinzip für die Gestaltung der Bildzyklen an gotischen Kathedralen ebensowenig gegeben hat wie eine direkte Beeinflussung der architektonischen Gestaltungskonzepte durch scholastische Denkmuster.« Ders. – Die gotische Kathedrale, S. 302.

379 Vgl. dazu J. Weitzel – Worte der Vorläufer.

380 M. Kintzinger – Ordnungskonfigurationen im hohen Mittelalter, S. 419.

381 A.a.O.

382 O.G. Oexle – Konflikt und Konsens, S. 65.

383 Ch.H.F. Meyer – Ordnung durch Ordnen, S. 307.

384 B. Jussen – Ordo zwischen Ideengeschichte und Lexikometrie, S. 230.

385 Ch.H.F. Meyer, a.a.O.

Laien als *ordines*[386]. *Ordo* kann (zusammen mit *regula* oder *consuetudo*) die mönchische Lebensform bezeichnen, später auch den ›Orden‹ als mönchische Organisationsform bis zum Wiedereintritt in die ursprüngliche militärische Bedeutung des Wortes bei den Ritterorden *(ordines militares).* Als Bezeichnung für soziale Gruppen oder Stände besteht eine Verwandtschaft zu den Begriffen *status* und *gradus*[387]; die Möglichkeit, *ordo* als Hierarchie zu denken[388], liefert die begriffliche Grundlage für die Organisation der mittelalterlichen Gesellschaft als ›Ranggesellschaft‹[389], den faktischen wie konzeptionellen Vorrang der Ungleichheit vor der Gleichheit. Ordnung verkörpert sich so zwangsläufig im Plural, »Ordnung (ordo) umgriff die ›ordines‹«[390] und diese Vielheit der Ordnungen ist abgestuft und in doppelter Weise von der Ordnung im Singular umschlossen, einmal als deren innere Verfassung und dann durch die zusammenfassende Ordnung aller *ordines* durch den Schöpfer. Diese letzte Ordnung – *pia dei ordinatio*[391] – durch Gottes eigene Hand im Sechstagewerk umfaßt Diesseits und Jenseits und beide, die diesseitige und die jenseitige Welt, verfügen über ihre gestuften inneren Ordnungen[392], die als ein wechselweise gespiegeltes Verhältnis zu sehen im Mittelalter durch das vielbeachtete Werk des Dionysius Areopagita vermittelt wurde[393]. Die hierarchisch geordneten Parallelwelten finden sich beispielsweise in der Karolingerzeit sehr schön bei Hincmar von Reims beschrieben[394]. Von den den in Chören gegeliederten Engeln gegen-

386 O.G. Oexle – Artikel ›Ordo (Ordines)‹ *(Lexikon des Mittelalters),* Sp. 1436; ders. – Tria genera hominum, S. 483f.

387 Zur problematischen Gleichsetzung von *ordo* mit sozialem Stand O. Brunner – Land und Herrschaft, S. 449ff.; O.G. Oexle – Die funktionale Dreiteilung der ›Gesellschaft‹ bei Adalbero von Laon, S. 4f.

388 Vgl. J. Miethke – Kirchenstruktur und Staatstheorien im Zeitalter der Scholastik.

389 H. Fichtenau – Lebensordnungen des 10. Jahrhunderts, S. 11ff.; K.-H. Spieß – Rangdenken und Rangstreit im Mittelalter; G. Althoff – Die Kultur der Zeichen und Symbole, S. 276ff.

390 H. Fichtenau, a.a.O. S. 11.

391 Formulierung aus einem der Briefe Heinrichs IV., Epistulae Heinrici IV, ed. F.-J. Schmale, I. Schmale-Ott, Epist. 13, S. 70. Vgl. S. Weinfurter – Canossa, S. 123.

392 »Ordnung, Grad, Stufe, Hierarchie: […] die irdische Ordnung ist der himmlischen homolog«, G. Duby – Die drei Ordnungen, S. 58; vgl. H. Fichtenau, a.a.O. S. 13f.; F. Ohly – Vom geistigen Sinn des Wortes im Mittelalter.

393 Zur Rezeptionsgeschichte des *Corpus Dionysianum* J. Miethke – Kirchenstruktur und Staatstheorien im Zeitalter der Scholastik, S. 132ff.

394 Hincmar von Reims, Opusculum LV capitulorum, c. 11–15, PL 126, p. 325 A–334 A. Dazu H.H. Anton – Fürstenspiegel und Herrscherethos in der Karolingerzeit, S. 291: »[Im *Opusculum XV capitulorum*] legt Hincmar […] dar, nach welchem Plan und mit welcher Absicht Gott seine Schöpfung hervorbrachte. Sowohl im Himmel wie auch auf Erden schuf Gott voneinander geschiedene Ordines. Mit Gregor dem Großen betont der Reimser Erzbischof, daß die gottgewollte Ordnung für die Stände darin besteht, in Harmonie und gegenseitiger Ergänzung mit einander zu leben. Grundsätzlich gilt für

überstehenden irdisch-sozialen Ständen wurden unterschiedliche Auffassungen entwickelt, darunter die ältere auf AUGUSTINUS zurückgehende *tria-genera-hominum*-Unterscheidung in Klerus, Mönche und Laien[395] oder die jüngere Dreigliederung der Gesellschaft in Priester, Krieger und Bauern durch ADALBERO VON LAON[396]. Die horizontale Gliederung ist nun nicht einfach grundlos von Gott so verordnet, sondern ist überlagert von einer vertikalen Struktur, die zugleich den tieferen Grund bildet für die in der »Ordnung notwendige Unterschiedenheit und Ungleichheit«[397] durch Über- und Unterordnung. Das AUGUSTINIsche Erbe im Mittelalter wird hier unmittelbar spürbar in der Trennung der gesamten Schöpfung in *gut* und *böse*, in aus Gnade *Erwählte* und *Verworfene*, in *civitas Dei* und *civitas terrena*: »So zieht sich trotz der hierarchischen Stufenordnung durch den ganzen Kosmos ein Riß«[398].

Es gibt im mittelalterlichen Denken einen tiefgreifenden Zusammenhang von Ordnung, Zeit und Kreatürlichkeit und diesen verschärfend einen zwischen Sündenfall und Ungleichheit. Die Ordnung in Stufen ist Gottes (gnädige) Antwort auf den Fall des Menschen (und parallel dazu den der Engel). Zuvor noch sind Ordnung und Zeit Folge der Kreatürlichkeit. Unter der Bedingung von Ordnung und Zeit stehen nur Geschöpfe[399]. Gott selbst steht außerhalb der Zeit und, was bemerkenswert ist, auch außerhalb der Ordnung (»*ubi omnia bona sunt* […] *ordo non est*«[400]) – beide sind für ihn Instrumente der Verwaltung der Schöpfung[401]. Das bedeutet nun einerseits, daß die Zeit selbst ein Mittel der Ordnung ist: Ordnung besteht oftmals in ›geordneten Abläufen‹ und definierten zeitlichen Abfolgen als normative

---

die menschliche Gesellschaft das gleiche wie für die Gemeinschaft der Engel. Auch im menschlich-irdischen Bereich existiert eine ständisch gestufte Über- und Unterordnung«; siehe auch W. Stürner – Peccatum und Potestas, S. 114.

395 O.G. Oexle – Tria genera hominum.

396 H Fichtenau, a.a.O. S. 12 f.; O.G. Oexle – Die funktionale Dreiteilung der ›Gesellschaft‹ bei Adalbero von Laon; G. Duby – Die drei Ordnungen.

397 O.G. Oexle – Tria genera hominum, S. 500.

398 R. Koselleck – Zur historisch-politischen Semantik asymmetrischer Gegenbegriffe, S. 237. Nach Augustinus gilt, »daß jede der drei *professiones* von *clerici*, *plebes* und *quieti* [d.h. Kleriker, Laien und Mönche] sowohl Gute, wie Böse umfasse.« O.G. Oexle, a.a.O. S. 489.

399 F. Rädle – Die Ordnung der Zeit durch den Schöpfer in der Patristik und in den frühen lateinischen Hymnen, S. 52 f.; H.-W. Goetz – Die Zeit als Ordnungsfaktor in der hochmittelalterlichen Geschichtsschreibung, S. 66 f.

400 Aurelius Augustinus, De ordine 2, 1, 2 (»Wo alles gut ist […] gibt es keine Ordnung.« Aurelius Augustinus, Die Ordnung, S. 36).

401 »Die Herstellung menschlicher Maße, durch die das Übermächtige und Ungeschlachte seinen Schrekken verliert, wird dem Schöpfer in der Patristik immer wieder ausdrücklich als Wohltat und als gnädige Tröstung des Menschen angerechnet.« F. Rädle, a.a.O. S. 53.

›Strukturen des Nacheinander‹[402]. Sprachlich schlägt sich das in der Bezeichnung für die Festlegung diverser zeitlicher Abläufe als ›liturgische Ordines‹ *(ordo missae),* Krönungsordines[403] oder Konzilsordines[404] nieder, aber auch in der Bezeichnung *ordo iudiciarius* für das kanonische Prozeßrecht[405]. Umgekehrt unterliegt die Zeit selbst einer Ordnung, im kleinen in der Periodizität des Tages- und Jahreskreislaufs, im großen in der als Heilsgeschichte gefaßten Ordnung der Geschichte selbst mit dem Zentrum und typologischen Spiegelpunkt[406] der Inkarnation Christi: »Die Weltgeschichte beginnt nicht mit der Schöpfung, sondern mit dem Sündenfall: das Paradies ist [zwar nicht zeitlos, aber] geschichtslos«[407].

Ist die geschaffene Welt mit Gleichordnung noch verträglich, so ändert sich das für den Menschen nachhaltig mit dem Sündenfall; die Ordnung wird zur Über- und Unterordnung, und zur Zeit gesellt sich der Tod: »Der Zustand der Gleichheit wurde aber durch die menschliche Schuld- und Sündhaftigkeit durchbrochen. Der aus menschlicher Schuld entstandenen Unordnung und Ungleichheit setzte Gott ein Mittel entgegen: das Herrscheramt«[408] – »Herrschende Meinung war: Geordnetes und friedliches Zusammenleben in einer durch sündhafte Aggression gestörten Welt erfordert Herrschaft«[409]. Irdische Herrschaft hat also, weil alles Geschehen eingebettet gedacht werden muß in den göttlichen Heilsplan[410], ihren Zweck und Platz in der Ordnung, sie ist Ordnungsmittel für den Frieden (»*pax omnium rerum tranquilitas ordinis*«[411]), der als *pax terrena* freilich für Augustinus nur ein

402 L. Manz – Der Ordo-Gedanke, S. 19.

403 Vgl. Quellen zur deutschen Verfassungs-, Wirtschafts- und Sozialgeschichte bis 1250, ed. L. Wenrich, Nr. 11; Ordines coronationes imperialis, ed. R. Elze; C. Erdmann – Forschungen zur politischen Ideenwelt des Frühmittelalters, S. 52–91 *(Königs- und Kaiserkrönung im ottonischen Pontifikale).*

404 Ordines de celebrando concilio (Die Konzilsordines des Früh- und Hochmittelalters), ed. H. Schneider; H. Schwöbel – Synode und König im Westgotenreich, S. 51 ff.

405 K.W. Nörr – Ordo iudiciorum und ordo iudiciarius.

406 Vgl. F. Ohly – Typologie als Denkform der Geschichtsbetrachtung.

407 J. Ehlers – Die Ordnung der Geschichte, S. 40; zur Geschichtstheologie K. Löwith – Weltgeschichte und Heilsgeschehen; J. Taubes – Abendländische Eschatologie; W. Kamlah – Apokalypse und Geschichtstheologie; H.D. Rauh – Das Bild des Antichrist im Mittelalter, S. 9 ff.

408 H.H. Anton, a.a.O. S. 292. Vgl. H. Fichtenau, a.a.O. S. 14.; E.-W. Böckenförde – Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, S. 209.

409 K. Schreiner – Observantia regularis, S. 281.

410 L. Manz – Der Ordo-Gedanke, S. 18 ff.

411 Aurelius Augustinus, De civitate Dei, XIX, 13 (zit. nach ›www.intratext.com‹): »*Pax itaque corporis est ordinata temperatura partium, pax animae inrationalis ordinata requies appetitionum, pax animae rationalis ordinata cognitionis actionisque consensio, pax corporis et animae ordinata uita et salus animantis, pax hominis mortalis et Dei ordinata in fide sub aeterna lege oboedientia, pax hominum ordinata concordia, pax*

relativer sein kann[412]. Ordnung unter diesem Aspekt ist wesentlich Remedur – »der Mensch also ›empfängt‹ *ordo* als Gabe Gottes«[413] – ein Behelf in der Not und damit in ihren Möglichkeiten beschränkt, so daß auch die beste im Irdischen verwirklichbare Ordnung das verlorene Paradies nicht wiederherstellen kann.

Die skizzierte Vielfalt des Ordnungsbegriffes verleitet dazu, den Versuch zu unternehmen, sie einer kleinen Systematik zu unterstellen, die zwar Nuancen verwischen mag, aber mit der Hervorhebung von vier Hauptcharakteristika zeigen will, inwieweit der methodische Ordnungsbegriff des konkreten Ordnungsdenkens mit dem Verständnis des *ordo*-Begriffs im Mittelalter in Einklang zu bringen ist. So bezeichnet *ordo*:

(1) einen *absoluten Ordnungsbegriff*, die allumfassende Einheit und Ordnung von Diesseits und Jenseits; diese gründet als geschaffene Ordnung in Gott und bildet den letzten verbindlichen Seins- und Sinnhorizont.

(2) einen *relativen Ordnungsbegriff*; Ordnung tritt als Vielzahl von Ordnungen entgegen, die sowohl in sich Über- und Unterordnung kennen als auch zueinander in einer relativen Beziehung stehen, sei es nun Gleichordnung oder Über- und Unterordnung. Sozial wird diese Bedeutung als Rangordnung und als komplementäre Vielheit an Ordnungen, deren Differenziertheit sich auch funktional deuten läßt, sichtbar. Die Relativität dieses Ordnungstypus ergibt sich auch durch die Einbettung als Teil der absoluten Ordnung.

---

*domus ordinata imperandi atque oboediendi concordia cohabitantium, pax ciuitatis ordinata imperandi atque oboediendi concordia ciuium, pax caelestis ciuitatis ordinatissima et concordissima societas fruendi Deo et inuicem in Deo, pax omnium rerum tranquillitas ordinis. Ordo est parium dispariumque rerum sua cuique loca tribuens dispositio.*« (»So besteht der Friede eines Körpers in dem geordneten Verhältnis seiner Teile, der Friede einer vernunftlosen Seele in der geordneten Ruhelage der Triebe, der Friede einer vernünftigen Seele in der geordneten Übereinstimmung von Denken und Handeln, der Friede zwischen Leib und Seele in dem geordneten Leben und Wohlbefinden des beseelten Wesens, der Friede zwischen dem sterblichen Menschen und Gott in dem geordneten gläubigen Gehorsam gegen das ewige Gesetz, der Friede unter Menschen in der geordneten Eintracht, der Friede des Hauses in der geordneten Eintracht der Hausbewohner im Befehlen und Gehorchen, der Friede des Staates in der geordneten Eintracht der Bürger im Befehlen und Gehorchen, der Friede des himmlischen Staates in der bestgeordneten, einträchtigen Gemeinschaft des Gottesgenusses und des gegenseitigen Genusses in Gott, der Friede aller Dinge in der Ruhe der Ordnung. Ordnung aber ist die Verteilung gleicher und ungleicher Dinge, die jedem den gebührenden Platz anweist.« Aurelius Augustinus, Vom Gottesstaat, Buch 11 bis 22, S. 552); O.G. Oexle – Konflikt und Konsens, S. 65.

412 Zum Stufenbau des Friedens bei Augustinus E. Bernheim – Mittelalterliche Zeitanschauungen in ihrem Einfluß auf Politik und Geschichtsschreibung, S. 30 ff.

413 B. Jussen – Ordo zwischen Ideengeschichte und Lexikometrie, S. 237; vgl. P. Landau – Der biblische Sündenfall und die Legitimität des Rechts, S. 204.

(3) einen *prozeduralen Ordnungsbegriff*; Ordnung ›verzeitlicht‹ sich zu geordneten Abfolgen, hat also eine über die beiden erstgenannten statischen hinausgehende dynamische Bedeutung[414]. Unter diese Bedeutung fällt die Ordnung von Ritualen oder die Behandlung von rechtsrelevanten Handlungen als Form (i.S.v. Ebel), sie kennzeichnet aber auch den allgemeinen Zug der Ordnung, nicht schon fertig vorgegeben zu sein; Ordnung i.d.S. ist »nicht schon vorhandene, sondern immer erst zu schaffende Ordnung«.[415]

(4) einen *normativen Ordnungsbegriff*; *ordo* ist immer auch eine Sollensordnung – an die Stelle einer Seins-Sollens-Trennung tritt die Normativität der ungestörten Ordnung selbst: es ist die ›rechte‹ Ordnung, die i.d.S. aus sich heraus verbindlich ist, nicht die bloße Faktizität bestehender Verhältnisse, die im Gegenteil auch profunder Ausdruck einer Unordnung sein kann[416].

Die vier Aspekte finden sich im Ordnungsbegriff des konkreten Ordnungsdenkens wieder. Das *absolute* Moment liegt in der Funktion der Letztbegründung von Recht, das *relative* in der Pluralität konkreter Ordnungen, das *dynamische* im prozeduralen Rechtsverständnis (Dworkin) und das *normative* in der ebenfalls aufgehobenen Trennung von Sein und Sollen. Carl Schmitt selbst expliziert diese Systematik nicht im Rahmen seiner Darstellung des konkreten Ordnungsdenkens, sondern am Beispiel des Verfassungsbegriffs[417] – eine Staatsverfassung ist

---

414 Vgl. H. Keller – Ordnungsvorstellungen, Erfahrungshorizonte und Welterfassung im kulturellen Wandel des 12./13. Jahrhunderts, S. 266 ff.

415 F. Kern – Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im frühen Mittelalter, S. 124.

416 Es geht hier nicht um eine »Beschwörung des Mittelalters als eine Zeit, der die Spannung zwischen Sein und Sollen fremd sei«, wie ein an Otto Brunner gerichteter Vorwurf Gadi Algazis lautet (ders. – Herrengewalt und Gewalt der Herren im späten Mittelalter, S. 113, FN 53), dem man unschwer einen völlig unkritischen Gebrauch des Normbegriffs seitens Algazis entgegenhalten könnte, sondern darum, daß ein angemessener Ordnungsbegriff für das Frühmittelalter ohne den Begriff der abstrakten Norm auskommen muß, vor dem die Problematik von Trennung oder Nichttrennung von Sein und Sollen überhaupt erst formulierbar wird. Demgegenüber gilt es an die Vermutung Gerhard Dilchers anzuschließen, daß für das Recht »ein neuer Personalismus und ›archaischer‹ Naturalismus, d.h. die Ungeschiedenheit von gesellschaftlichem Sein und Sollen, einen Schlüssel des Verständnisses bilden [könnte]« (ders. – Leges, Gentes, Regna: Fragen und Probleme, S. 25.). Ungeschiedenheit von Sein und Sollen i.d.S. meint nicht, eine Kritik bestehender Verhältnisse als ›so nicht gesollt‹ sei gar nicht möglich oder nicht denkbar.

417 ›Verfassung im absoluten Sinn‹ meint den »konkrete[n] Gesamtzustand politischer Einheit und sozialer Ordnung eines bestimmten Staates« (C. Schmitt – Verfassungslehre, S. 4); in einer zweiten Bedeutung die »konkrete Art der *Über*- und *Unter*ordnung, weil es in der sozialen Wirklichkeit keine Ordnung ohne Über- und Unterordnung gibt. Hier ist Verfassung die besondere Form der Herrschaft, die zu jedem Staat gehört und von seiner politischen Existenz nicht zu trennen ist […]« (a.a.O. S. 4 f.). Der dynamische und der normative Aspekt finden sich ebenfalls als Teilmomente im ›absoluten Verfas-

aber selbst nichts anderes als eine in juristische Form gebrachte konkrete Ordnung (auch wenn in SCHMITTS *Verfassungslehre* dieser Einsicht noch der dort methodisch dominierende Dezisionismus entgegensteht).

Vor diesem Hintergrund wären noch einige Worte über das Verhältnis von Recht und konkreter Ordnung zu verlieren, wofür sich näher das Verhältnis des Begriffs der Rechtsgewohnheit zur konkreten Ordnung anbietet. Wenn GERHARD DILCHER hervorhebt, daß die Bezeichnung ›Rechtsgewohnheit‹ »einen Ausdruck der Verfremdung gegenüber ›Gewohnheitsrecht‹ und gleichzeitig der Abgrenzung und Präzisierung der wissenschaftlichen Terminologie darstellen [soll]«, denn »quellengemäß für die ältere Zeit ist beides nicht«[418], so gilt dieses Verfremdungsmerkmal gleicherweise für jede Konzeption ›konkreter Ordnung‹. Wir haben hier keinen Begriff der Quellen, nicht einmal des Rechts vor uns, sondern einen der Rechtswissenschaft, mit dem über den erheblichen zeitlichen Abstand zwischen Untersuchungsgegenstand und wissenschaftlicher Systematisierung hinweg versucht wird, unterschiedlichste rechtliche und ins Rechtliche spielende soziale Phänomene einem einheitlichen Begriff zu unterstellen, ohne dabei der Gefahr zu erliegen, unzeitgemäße und sachfremde normative Strukturen in die zu beschreibenden Verhältnisse aus der Moderne rückzuprojizieren. Wenn ›Rechtsgewohnheit‹ als Kompositum von ›Recht‹ und ›Gewohnheit‹ entgegentritt, so soll mit dem Begriff das erfaßbar sein, was im Mittelalter Recht *(recht)* ist – oder doch zumindest spezifische Ausformungen dessen – und darin von der bloßen rechtlich unverbindlichen Gewohnheit unterschieden, aber in anderer Weise, nämlich das Medium der Oralität berücksichtigend, als die Gewohnheitsrechtstheorien, die schon von Schriftrationalität und dadurch verändertem Zeitbewußtsein geprägt sind. Der Begriff setzt so die Möglichkeit der Abgrenzbarkeit von Recht gegen andere soziale und normative Phänomene im Mittelalter voraus und hat doch zugleich alle Züge an sich, die gegen eine solche Abgrenzbarkeit sprechen. Rechtsgewohnheit umfaßt so auch Aspekte von FRITZ KERNS gutem altem Recht – der ja seinerseits diesen Begriff auch aus einer Verfremdungsstrategie gegen die positivistische Rechtsqua-

---

sungsbegriff‹ enthalten. Mit der ›Verfassung im relativen Sinn‹ kommt es zur Vereinzelung der Verfassung in »eine Vielheit einzelner, formal gleicher Verfassungsgesetze« (a.a.O. S. 11), und im ›positiven Verfassungsbegriff‹, der diese Vielheit allererst als eine Einheit konstituiert, kommt die ursprüngliche Untrennbarkeit von Rechtlichem und Politischem zum Ausdruck (a.a.O. S. 20 ff.) – ein Verwandtschaftsverhältnis an der Wurzel, das auch in jeder konkreten Ordnung steckt. Zum Verfassungsbegriff Schmitts siehe H. Hofmann – Legitimität gegen Legalität, S. 124 ff.; M. Pilch – System des transcendentalen Etatismus, S. 13 ff.

418 G. Dilcher – Mittelalterliche Rechtsgewohnheit als methodisch-theoretisches Problem, S. 30.

lität der »Einsetzung durch den Staat«[419] gewonnen hat –, unterscheidet sich aber an den bei Kern mit Recht zu kritisierenden Punkten. Recht, wie hier als konkrete Ordnung verstanden, schließt nun seinerseits die Rechtsgewohnheit ein[420], reicht begrifflich aber weiter, weil auch die eidliche Selbstbindung durch Willkür oder die soziale Struktur hinter Befehlsverhältnissen als konkrete Ordnungen (i.e.S.) deutbar sind. Darüber hinaus beschreibt das konkrete Ordnungsdenken (i.w.S.) den theoretischen Metarahmen für das Zusammenspiel der Vielzahl an Ordnungen (i.e.S.) und zugleich für die beginnenden Techniken des Normativismus und des Dezisionismus. Der Wandel dieses äußeren Rahmens in der Geschichte, der sich in den zeittypischen politischen Antagonismen und Konflikten spiegelt, hängt eng mit dem zusammen, was jüngst unter dem Begriff *Ordnungskonfigurationen* in die Diskussion gebracht wurde.

Es handelt sich hier insgesamt um Distanzbegriffe, die ihren Sinn daraus beziehen, daß, weil die zu untersuchenden Phänomene zu fremdartig sind, um mit dem gewöhnlichen Instrumentarium moderner Rechtswissenschaft beschrieben werden zu können, gleichzeitig aber auch vertraut scheinen, weil sie zu den Wurzeln unserer gegenwärtigen Rechtstradition zählen, ein bewußter Brückenschlag zu den mittelalterlichen Institutionen gefunden werden muß, unter Bedingungen schwieriger noch als jene für den Rechtsethnologen, der im Regelfall seinen Untersuchungsgegenstand halbwegs lebendig vor sich hat[421]. Als Distanzbegriff setzt sich konkretes Ordnungsdenken konsequent vom Normativismus ab. Es kann nicht darum gehen, Normensysteme vergangenen Rechts zu rekonstruieren, das

---

419 F. Kern – Recht und Verfassung im Mittelalter, S. 11.

420 Der konkrete Ordnungscharakter der Rechtsgewohnheit wird sehr schön deutlich bei Gerhard Dilcher: »›Rechtsgewohnheit‹ soll, in Unterscheidung und Verfremdung gegenüber ›Gewohnheitsrecht‹, aus dem Herkommen und den Wertüberzeugungen einer Gemeinschaft gewonnene Handlungsnormen bezeichnen, die nicht eine mehr oder weniger festgefügte, schriftlich fixierte Rechtsordnung ergänzen, sondern eine umfassende Lebenspraxis mit normativem Anspruch, die Grundlage der Ordnung selbst, darstellen.« G. Dilcher – Zeitbewußtsein und Geschichtlichkeit im Bereich hochmittelalterlicher Rechtsgewohnheit, S. 32; vgl. auch ders. – Die Zwangsgewalt und der Rechtsbegriff vorstaatlicher Ordnungen im Mittelalter, S. 140: Die »Konturen [der Rechtsgewohnheit] sind unscharf, der Normbegriff ist ein anderer als der einer Schriftkultur mit einem geschärften Blick für Stabilität und Überprüfbarkeit am feststehenden Text. Die jeweilige Anwendung erfolgt durch kollektiven Akt mit einer gewissen Spontaneität. Ein solcher kann das Handhaftverfahren und Spurfolge sein oder der Beginn einer Fehde. Ein solcher ist auch die Urteilsfindung im dinggenossenschaftlichen Gericht. Die Strenge von Formen und Ritualen wie auch die strengen Regeln der Ranggesellschaft sind aber Faktoren, die die Spontaneität ausbalancieren, Elemente von Rationalität und Berechenbarkeit also.«

421 Vgl. dazu die Ausführungen von Johannes Fried zu der in dieser ›Distanz‹ verborgenen »mindestens zweifachen Theoriebindung«, die der Historiker unterliegt; ders. – Gens und regnum, S. 91 f.

selbst nie in solcher Weise verfaßt war, sondern Recht als (wesentlichen) Teilaspekt konkreter Ordnung noch vor seiner Ausdifferenzierung zu verstehen. Dieselbe konkrete Ordnung erscheint somit sowohl als Rechtszusammenhang wie auch als moralisch-politisches Verhältnis oder, unter anderem Aspekt, als kontingente sittliche Gewohnheit[422]. Eine strenge Trennung und Gliederung in Subsysteme ist so wenig möglich wie eine durchgängige Widerspruchsfreiheit zu erwarten. Wenn Recht als konkrete Ordnung verstanden wird, so heißt das nicht, daß alles an dieser Ordnung rechtlichen Kategorien zugänglich wäre, noch daß der rechtliche Blickpunkt der maßgebliche sein muß. Recht und Außerrechtliches scheiden sich letztlich erst aus der Distanz für den Beobachter, der gelernt hat, Systeme sozialer Normen abstrakt voneinander zu differenzieren. Dies ist die Bedingung, unter der die gegenwärtige Rechtswissenschaft funktioniert und in der sie bisweilen auch gefangen ist. Konkretes Ordnungsdenken vermittelt dagegen die gedachte Einheit aller dieser Blickpunkte und weist so dem Recht einen spezifischen, aber eben perspektivischen Ort zu. In diesem umfassenden Sinn, als Theorierahmen und als in kontinuierlichem Wandel befindlicher Metarahmen ist konkretes Ordnungsdenken konsequente Fortführung der Verfremdungsstrategie des Rechtsgewohnheiten-Ansatzes und versteht sich zugleich als Theorieangebot an die Rechtsgeschichte.

### *Theorieangebote an die Rechtsgeschichte: Luhmann, Hayek, Hart*

Dieses Angebot steht in Konkurrenz zu anderen, deren einige einer kurzen Betrachtung unterzogen werden sollen. Zur Behebung des von den Rechtshistorikern schon länger verspürten und zuweilen artikulierten Theoriedefizits wurden beispielsweise auf der interdiziplinären Tagung *Germanische Stammestraditionen, Volksrechte und Rechtsgewohnheiten – Ein Beitrag zur Begründung der mittelalterlichen europäischen Rechtskultur?* in Fürstenfeldbruck 2004 (aus der der umfangreiche Aufsatzband *Leges, Gentes, Regna* hervorgegangen ist) Vorschläge für einen mittelaltertauglichen Rechtsbegriff in die Diskussion gebracht. Konkret wurden im die Tagung reflektierenden Schlußbeitrag von Joachim Rückert dreierlei rechtstheoretische Posi-

422 Ähnlich auch Gerhard Dilcher in bezug auf die Rechtsgewohnheit: »›Rechtsgewohnheit‹ […] soll einerseits auf den strukturellen Unterschied zu dem, in ein Schriftrecht eingeordneten, Gewohnheitsrecht aufmerksam machen, zum anderen die Überordnung und größere Breite der Gewohnheit gegenüber dem Recht markieren: Es handelt sich um eine Ordnung des Herkommens, die als Recht angewandt werden kann, aber keineswegs darin aufgeht.« G. Dilcher – Die Zwangsgewalt und der Rechtsbegriff vorstaatlicher Ordnungen im Mittelalter, S. 116 f.

tionen aufgegriffen, die mit den Namen Niklas Luhmann, Friedrich August von Hayek und H.L.A. Hart verbunden sind[423].

Rückert preist als Vorzüge an Luhmanns Rechtsbegriff, daß dieser (1) das Phänomen nicht unter dem Blickpunkt der »Pathologie des Rechts wie die Elemente Zwang, Durchsetzung, Konfliktlösung, Verfahren« behandelt, womit die »Fülle, ja Masse des Rechts, die ohne Konflikt funktioniert«, ausgeblendet bliebe; daß (2) dessen Rechtsbegriff nicht staatsgebunden sei und daß (3) »als Aufgabe und Funktion von Recht der Aspekt der normativen Erwartungssicherheit betont ist«[424]. Rückerts fernere Ausführungen skizzieren die Notwendigkeit eines nichtstaatsbezogenen Rechtsbegriffs, der zunächst im germanischen Frühmittelalter als noch nicht ausdifferenziert mit den allgemein anerkannten ›Sitten‹ zusammenfiele, allerdings seien dies »Sitten von anderer Funktion als die heutigen. In einer Welt ›ohne Staat‹ und ohne besondere Rechtsinstanzen tragen diese ›Sitten‹ die allgemeine Rechtsfunktion zunächst ununterschieden mit, daher müssen wir sie zugleich ›Rechts-Sitten‹ nennen«[425]. Die verhaltensregelnden ›Sitten‹ – in ihrer Gesamtheit nicht unähnlich dem, was hier unter den Begriff der *Konkreten Ordnung* zu bringen versucht wird – stehen also von Anfang an in der Perspektive des Rechts, was zugleich den gerade in dieser Zeit sich abzeichnenden Ausdifferenzierungsprozeß einiger dieser Normen von Rechtsitten zu Recht im engeren Sinn verständlich machen soll.

Die allgemeine Rechtsfunktion sieht Rückert dabei, unter ausdrücklicher Berufung auf Luhmanns frühen Rechtsbegriff, in der »normativen Erwartungssicherheit und Verhaltensteuerung«[426], womit Luhmanns *Rechtssoziologie* allerdings nur verkürzt rezipiert wird. Zwar liegt die Funktion des Rechts in der »Sicherung eines Bestandes von Erwartungen« und zugleich »auch der Verhaltenssteuerung«[427], doch der Witz von Luhmanns Normbegriff liegt darin, daß die Stabilisierung von Verhaltenserwartungen zum intrinsischen Merkmal des Normbegriffs wird, genauer, daß die Reaktion im Enttäuschungsfall einer Verhaltenserwartung zum Unterscheidungskriterium zwischen *kognitiver* und *normativer* Erwartung wird: Verhaltenserwartungen, die im Enttäuschungsfall aufgegeben werden, sind ›kognitiv‹ (bzgl. dieser herrscht Lernbereitschaft), solche, die dennoch aufrechterhalten werden, hingegen ›normativ‹ (sie sind ›kontrafaktisch stabilisiert‹)[428]. Diese Definition

423 J. Rückert – Rechtsbegriff und Rechtsbegriffe, S. 581.
424 A.a.O. S. 582.
425 A.a.O. S. 584.
426 A.a.O. S. 585.
427 N. Luhmann – Die Funktion des Rechts, S. 73.
428 »Normativität ist die Form einer Verhaltenserwartung, mit der bekundet wird, daß die Erwartung

verabschiedet Normativität im üblichen juristischen Sinn radikal zugunsten einer zwar positivistischen[429], aber wesentlich deskriptiv-soziologischen Position, für die gilt: »das Faktische umfaßt das Normative. Die übliche Entgegensetzung von Faktischem und Normativem sollte deshalb aufgegeben werden. Sie ist eine begriffliche Fehlkonstruktion«[430]. Die ›normative Erwartungssicherheit‹, auf die Rückert rekurriert, ist somit höchstens ein Teilaspekt im komplexen Zusammenspiel von kognitiven und normativen Erwartungen, deren Institutionalisierung bzw. kongruenter Generalisierung, in der dem Recht vor allem die Aufgabe zukommt, durch Selektion Komplexität und Kontingenz zu reduzieren: »Die Funktion des Rechts liegt demnach in seiner Selektionsleistung, in der Auswahl von Verhaltenserwartungen, die sich in allen drei Dimensionen [zeitlich, sozial und sachlich] generalisieren lassen, und diese Auswahl beruht ihrerseits auf der Kompatibilität bestimmter Mechanismen der zeitlichen, der sozialen und der sachlichen Generalisierung«[431]. Daß Luhmanns Rechtsbegriff rein deskriptiv ausgerichtet ist, entspricht seinem Zweck im Rahmen einer soziologischen Theorie: es geht um Verhaltensbeschreibung, in der die Normativität, jeglichen basalen Charakters beraubt, zum funktionalen Reflex von Beobachtungsgrößen wird, konkret von Erwartungen von Handlungen und Erwartungen in bezug auf solche Erwartungen, die das soziale System generieren und stabilisieren. Für ein emphatisches Sollen ist ausdrücklich kein Platz, es wird von Luhmann – i.S. eines ›sich-verpflichtet-Fühlens‹ – in die Psychologie verwiesen. Der positivistische Zugang zum Recht führt hier nicht wie etwa bei Kelsen zum Insistieren auf eine strikte Trennung von Sein und Sollen, sondern Luhmann hält diese Differenzierung und mit ihr überhaupt die »Scheidung von normativer Rechts- und kausalexplikativer Sozialwissenschaft für obsolet«[432].

---

auch im Enttäuschungsfalle festgehalten werden soll. Normen werden hier mithin als enttäuschungsfeste, kontrafaktisch stabilisierte Erwartungen begriffen.« N. Luhmann – Evolution des Rechts, S. 8; »Normen sind demnach kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartungen. Ihr Sinn impliziert Unbedingtheit der Geltung insofern, als die Geltung als unabhängig von der faktischen Erfüllung oder Nichterfüllung der Norm erlebt und so auch institutionalisiert wird.« N. Luhmann – Rechtssoziologie, S. 43; vgl. ders. – Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft, S. 115 f.; ders. – Die Einheit des Rechtssystems, S. 138 f.; ders. – Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang, S. 211 ff.

429 »Aus juristischer Sicht kann Luhmanns frühe Konzeption des Rechtsbegriffs als rechtspositivistisch bezeichnet werden, weil sie das Recht der modernen Gesellschaft durch eine Kombination von Elementen der Gesetztheit und der Wirksamkeit unter Ausklammerung von Elementen der Richtigkeit definiert.« R. Dreier – Niklas Luhmanns Rechtsbegriff, S. 307.

430 N. Luhmann – Rechtssoziologie, S. 43.

431 A.a.O. S. 100.

432 H. Dreier – Hans Kelsen und Niklas Luhmann, S. 427.

Inwieweit kann ein so nuancierter Rechtsbegriff Eingang in das rechtsgeschichtliche Methodenrepertoir finden?

Das Hauptdefizit eines solchen nichtnormativen Rechtsbegriffs liegt darin, daß er für einen juristischen bzw. dogmatischen Gebrauch kein Kriterium an die Hand gibt. Die Perspektive beispielsweise des am Ding Beteiligten, der sich fragt, was im konkret zu beurteilenden Streit rechtens sei, kann gar nicht miterfaßt werden. An welchen Erwartungen soll nun (normativ) festgehalten werden, welche sind (kognitiv) im Enttäuschungsfall aufzugeben? LUHMANNS Rechtsbegriff gibt darauf keine Antwort, weil es an jedem Einzelnen liegt, wie er im Entäuschungsfall reagiert und damit im Falle des Festhaltens an der Verhaltenserwartung die Norm erst zur Norm macht. Sieht man die Geltung der Norm in der Erwartung der anderen Rechtsgenossen begründet, so verschiebt sich das Problem nur. Die Beantwortung der Frage, warum eine Rechtsgemeinschaft eine Erwartung normativ faßt, ist unbeantwortbar bzw. die Antwort tautologisch: eben *weil* sie es tut, ist die Erwartung, *daß* sie es tut, begründet, und darum besteht die Norm[433].

Solange die Rechtsgeschichte noch eine juristische Disziplin sein will, ist für sie eine derartige Reduktion des Normativen aufs Faktische nicht hinnehmbar und ein normativer Rechtsbegriff unverzichtbar, selbst dann, wenn es natürlich nicht die Aufgabe von Rechtsgeschichte und universitärer Ausbildung sein kann, Fertigkeiten für die aktive Teilnahme an Dingversammlungen zu vermitteln. Es geht beim Verständnis von Recht – zumal bei dem einer untergegangenen Zeit – auch um ein Verständnis des möglichen Argumentations- und Handlungshorizontes von Individuen in rechtsrelevanten Situationen aus spezifisch rechtlicher Perspektive, also um eine rechtsdogmatische Betrachtungsweise: ein rein deskriptives Aufspüren von Verhaltensregelmäßigkeiten im Konfliktfall und bei Konfliktbeilegung, gleich wie man die Verhaltensgewohnheiten von Laborratten studiert, greift zu kurz.

Wenn soziologische Theorie mit einer Komplexitätsreduktion verbunden ist, die es erlaubt, die Fülle sozialer Phänome durch einfache Modellmechanismen zu substituieren und damit konsistente Beschreibung kostengünstig zu erreichen, so schüttet LUHMANNS Theorie das Kind mit dem Bade aus: Das Recht ist nicht mehr Teil eines normativ gefaßten Selbstverständnisses einer sich als geordnet verstehenden Gesellschaft, als welches es immanent und aus der Distanz der Jahrhunderte zu erklären wäre, sondern Kalkül eines zwar beliebig komplizierten, aber im Prinzip

433 In seiner späteren autopoietisch konzipierten Rechtstheorie kehrt die tautologische Geltungsgrundlage wieder in Wendungen wie »Nur das Recht selbst kann sagen, was Recht ist.« (N. Luhmann – Das Recht der Gesellschaft, S. 50) oder »Recht ist, was das Recht als Recht bestimmt« (a.a.O. S. 143 f.); vgl. R. Dreier – Niklas Luhmanns Rechtsbegriff, S. 312.

einfach geknüpften Netzes von Erwartungen und Metaerwartungen. Das Modell steht damit ganz in der neuzeitlichen Tradition, an der Wurzel von Erklärungszusammenhängen Optimierungsprozesse zu postulieren. Es erweist sich als eine der Spielarten deskriptiver Theorie, die den Menschen zum *homo oeconomicus* stilisiert, dessen Handlungen aus bewußten und unbewußten Abwägungen resultieren, wobei schon im Falle der frühen Rechtssoziologie LUHMANNS die zu optimierenden Größen kommunikativ ausgerichtet sind: knappes Gut ist z.B. ›Aufmerksamkeit‹[434]. ›Normative‹ Institutionalisierung (z.B. von Gerichten) wiederum beruht auf einer Art Trägheit der Kontinuitätserwartung in bezug auf Überzeugungen, weil es Kosten verursacht, einer Gemeinschaft gegenüber deviante Positionen zu vertreten etc.

Die Eliminierung des genuin Normativen durch seine Reduktion auf das spezifische Verhalten im Falle der Enttäuschung einer Erwartung, nämlich an der Erwartung dennoch festzuhalten, führt weiters dazu, daß bestimmte normative Lagen nicht mehr adäquat erfaßbar sind, z.B. die Situation, in der erwartet werden darf, daß eine Norm nicht eingehalten wird, etwa im Einzelfall bei einem Gewohnheitsverbrecher oder generell bei gewissen zwar bestehenden und als bestehend anerkannten rechtlichen Verpflichtungen, die gleichzeitig allgemein ebenso gewohnheitsmäßig ignoriert werden. LUHMANNS Theorie kann zwischen dem Nichtbestehen einer Norm und dem ›Nichterwartendürfen ihrer Einhaltung‹ nicht bündig unterscheiden, und zwar als unmittelbares Ergebnis seiner Normdefinition. Auch die Einführung komplexerer Metapositionen des Erwartens, wie z.B. die des Erwartens von kognitiver oder normativer Erwartungshaltung, löst dieses Problem nicht, weil die Theorie an der Wurzel ein erwartungsunabhängiges ›Sollen‹ nicht zuläßt. Geltung und Wirksamkeit werden darum in positivistischen Rechtstheorien zwar verklammert, aber zumeist nicht auf der Ebene der Einzelnorm. Es kommt vielmehr auf die Wirksamkeit einer Rechtsordnung im Großen und Ganzen an, und innerhalb dieses großen Ganzen ist dann sehr wohl auch Platz für ›totes‹ Recht als immer noch begrifflich erfaßbare normative Größe.

Die Nichtunterscheidbarkeit erstreckt sich weiters auf die Binnenstruktur des aufs Faktische eingeebneten ›Sollens‹. JÜRGEN WEITZEL etwa wendet gegen LUHMANNS Rechtsbegriff ein, daß dieser »das spezifisch Rechtliche am Recht nicht zu erfassen scheint. Die von Luhmann betonte Selektionsleistung im Hinblick auf Verhaltenserwartungen unterscheidet sein Recht z.B. nicht hinreichend von der Sitte, Gewohnheit und Gebräuche nicht hinreichend von der Rechtsgewohnheit. […] Erarbeitet wird die Struktur des gewohnheitlichen Sollens schlechthin, nicht

434 N. Luhmann – Rechtssoziologie, S. 66 bzw. 68.

die des rechtlichen Sollens«[435]. Vor seiner Ausdifferenzierung als kommunikatives Subsystem innerhalb des umfassenderen Gesellschaftssystems (was seiner späteren Auffassung entspricht) ist Recht überhaupt nicht griffig als eigenständiger Typus kontrafaktisch stabilisierter Verhaltenserwartungen von anderen zu unterscheiden.

Die Frage, die sich stellt, ist die, ob der Rechtsgeschichte mit einem derartig konzipierten Rechtsbegriff gedient ist. Zur Bewältigung des Szenarios, das RÜCKERT vorstellt, scheint der Preis einer überaus komplexen, zudem einseitig soziologischen Rechtstheorie nicht nur hoch, sondern zudem für das falsche Instrument entrichtet, denn wirft man einen Blick auf die fernere Differenzierung in Personen, Rollen, Programme und Werte in LUHMANNS *Rechtssoziologie*, so wirft schon die In-Beziehung-Setzung dieser Begriffe sowohl zur Sprache der mittelalterlichen Quellen als auch zur entwickelten Terminologie der Rechtsgeschichte wohl mehr Fragen auf, als Probleme dadurch gelöst werden können.

Überdies gäbe es guten Grund, wenn man schon LUHMANNS Soziologie als Theoriebasis zu wählen gewillt ist, dessen Paradigmenwechsel hin zu einer kommunikativ orientierten Theorie ebenfalls mitzuvollziehen, weil sich hier interessante Perspektiven zur Integration divergierender historischer und rechtshistorischer Ansätze (z.B. WEITZELS dingzentrierter Rechtsbegriff *versus* ALTHOFFS Spielregelansatz) ergeben könnten. Es wäre dann aber weniger an LUHMANNS *Rechtssoziologie* als an den – allerdings nie geschriebenen – Teilband *Die (oralen) Rechts/Gewohnheits/Sitten der (vorstaatlichen) Gesellschaft* innerhalb der späten Theoriekonzeption LUHMANNS anzuknüpfen.

Als Alternative zur Rechtssoziologie NIKLAS LUHMANNS schlägt JOACHIM RÜCKERT an zweiter Stelle im Theorieangebot an die Rechtshistorie vor, sich auf die Theorie der ›spontanen Ordnung‹ bei FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK zu besinnen. Die Konzeption einer Gesellschaftsordnung, die auf Normen beruht »which [...] are a spontaneous creation, the gradual result and accumulated experience of many generations«[436], scheint *prima facie* ganz treffend auf die Beschreibung einer Welt ohne Staat und ohne bzw. mit beschränkter Gesetzgebung ausgerichtet zu sein. HAYEK unterscheidet grundlegend zwischen zwei Typen von Ordnung, bewußt geschaffener Ordnung (*made order/organization* bzw. *taxis*) einerseits und gewachsener Ordnung (*grown order/spontaneous order* bzw. *kosmos*) andererseits[437]. Diese Unterscheidung durchzieht das ganze Werk mit einer charakteristischen Sympathie

435 J. Weitzel – Der Grund des Rechts in Gewohnheit und Herkommen, S. 139 f.

436 M. Bianchi – Hayek's Spontaneous Order, S. 233.

437 F.A. v. Hayek – Law, Legislation and Liberty I. Rules and Order, S. 37; J. Rückert – Rechtsbegriff und Rechtsbegriffe, S. 598.

für spontane Ordnungskräfte im Stile der *invisible hand à la* Adam Smith – die spontane Ordnung *par excellence*, um deren Rechtfertigung der ganze Theorieaufwand unternommen wird, ist darum auch der ›freie‹ Markt – und Abneigung oder doch zumindest deutliche Skepsis gegenüber jeder Form von bewußter Gestaltung sozialer Ordnung z.B. durch Gesetzgebung *(specific commands)*[438].

Spontane soziale Ordnungen gehen daraus hervor, daß Individuen bestimmten Regeln *(rules)* gemäß sich verhalten[439]. Diese Regeln sind für den Beobachter erkennbar, wenn auch nicht unbedingt für den an der sozialen Ordnung Teilhabenden, der sie insbesondere, um ihnen zu folgen, nicht sprachlich artikuliert haben muß[440]. Das Modell ist auch nicht auf menschliches Sozialverhalten beschränkt, sondern funktioniert unverändert im Tierreich[441] oder in der Physik (Beispiel Kristallwachstum)[442]; es ist nach Hayek unerheblich, ob es sich um physikalisch bedingtes, angeborenes oder erlerntes Regelverhalten handelt[443], entscheidend ist, daß durch das (naturgesetzlich oder sozialgesetzlich) determinierte Verhalten einzelner (System-)Elemente, etwa Atome oder Menschen, eine Ordnung generiert wird. Überhaupt wird eine theorierelevante Unterscheidung zwischen deskriptiven und normativen Regeln nicht getroffen. So wie *law* als Oberbegriff von Naturgesetzen und sozialen Gesetzen fungieren kann, so *rule* als Oberbegriff für naturgesetzliche, kontingent-faktische und normative Regelmäßigkeiten. Normen im strikten

---

438 »Ordnung, die eine Anpassung an Umstände voraussetzt, deren Kenntnis unter viele Leute verstreut ist, kann nicht durch zentrale Lenkung hergestellt werden. Sie kann nur aus der wechselseitigen Anpassung der Elemente und deren Reaktionen auf die unmittelbar auf sie einwirkenden Ereignisse hervorgehen.« F.A.v. Hayek – Die Verfassung der Freiheit, S. 193.

439 Exakter formuliert beruhen spontane Sozialordnungen sowohl auf individuellem Regelverhalten als auch bewußt gestalteter Organisation (»In any group of men, more than the smallest size, collaboration will always rest both on spontaneous order as well as on deliberate organization.« F.A.v. Hayek – Law, Legislation and Liberty I. Rules and Order, S. 46), letztere hat aber eine deutlich untergeordnete Funktion.

440 »So long as the individuals act in accordance with the rules it is not necessary that they be consciously aware of the rules. It is enough that they *know how* to act in accordance with the rules without *knowing that* the rules are such and such in articulated terms.« A.a.O. S. 99. »The first of these attributes which most rules of conduct originally possessed is that they are observed in action without being known to the acting person in articulated (›verbalized‹ or explicit) form.« A.a.O. S. 19.

441 Vgl. Hayek – Die Verfassung der Freiheit, S. 179.

442 A.a.O. S. 193; ders. – Law, Legislation and Liberty I. Rules and Order, S. 39 f. Vgl. V. Vanberg – Spontanous Market Order and Social Rules, S. 76.

443 Der evolutionäre Prozeß (»conception of evolution« F.A.v. Hayek – Law, Legislation and Liberty I. Rules and Order, S. 23) ist grundsätzlich in der Biologie und im Sozialen der gleiche, Unterschiede gibt es insbesondere in der Geschwindigkeit des Evolutionsprozesses; V. Vanberg, a.a.O. S. 80.

Sinn eines vom ›Sein‹ unabhängig gedachten ›Sollens‹ kommen – ähnlich wie bei Luhmann – gar nicht in Betracht, weil das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Regel immer aus der Beobachterperspektive bestimmt ist. Normen haben allenfalls den Status eines ›technischen Sollens‹ (»the argument takes the form of ›if you want this, you must do that‹ […] all sorts of normative rules may be derived from them.«[444]) Deutlich ausgesprochen wird der letztlich nichtnormative Charakter aller Regeln, auch der gesetzlichen, in der *Verfassung der Freiheit*:

> »Für den Einzelnen hat das Wissen, daß gewisse Regeln allgemein angewendet werden, die Wirkung, daß die verschiedenen Gegenstände und Handlungsweisen für ihn neue Eigenschaften annehmen. Er kennt von Menschen geschaffene Ursache-Wirkung-Beziehungen, die er für jeden gewünschten Zweck brauchen kann. Die Wirkungen dieser künstlichen Gesetze sind genau dieselben wie die der Naturgesetze: beider Kenntnis ermöglicht ihm, die Folgen seines Handelns vorauszusehen und die Zukunft mit einer gewissen Zuversicht zu planen. Es besteht wenig Unterschied zwischen dem Wissen, daß sein Haus niederbrennen wird, wenn er auf dem Fußboden seines Wohnzimmers einen Scheiterhaufen anzündet, und dem Wissen, daß er im Gefängnis landen wird, wenn er das Haus seines Nachbarn anzündet. So wie die Naturgesetze bilden auch die staatlichen Gesetze feste Züge der Umwelt, in der er sich bewegen muß.«[445]

Das System der Regeln und die spontane Ordnung fallen begrifflich nicht zusammen. Die Ordnung ergibt sich aus den Regeln zuzüglich der Anfangs- *(initial position)* und Randbedingungen *(particular circumstances)*[446]. Ebenso ist der Prozeß der spontanen Ordnungsentstehung vom Prozeß der spontanen Regelentstehung zu unterscheiden[447]. Die Regelentstehung sozialer Ordnungen verdankt sich einerseits einem evolutionären Prozeß, andererseits aber auch bewußtem Eingriff durch sozial gesetzte Regeln[448]. Die beiden Ordnungstypen sind also nicht so strikt voneinander getrennt, wie es scheinen möchte, sondern können (und müssen) einander wechselseitig umfassen. Lediglich die letzte, umfassende soziale

---

444 F.A.v. Hayek, a.a.O. S. 80.

445 F.A.v. Hayek – Die Verfassung der Freiheit, S. 184.

446 F.A.v. Hayek – Law, Legislation and Liberty I. Rules and Order, S. 40.

447 »The spontaneous character of the resulting order must therefore be distinguished from the spontaneous origin of the rules on which it rests.« A.a.O. S. 46.

448 »With respect to rule-generating and rule-changing processes a basic distinction can be made between, first, *political processes*, i.e. those cases in which rules are deliberately chosen […] and, second, *spontaneous processes*, i.e. those cases in which rules emerge as an unintended social outcome of the interaction of individuals separately pursuing their own ends.« V. Vanberg, a.a.O. S. 79.

Ordnung *(overall order of the whole of society)* kann keine bewußt geplante Ordnung sein[449].

Der evolutionäre Prozeß besteht ganz traditionell darwinistisch aus einer Mutations- und einer Selektionskomponente. Systeme bzw. Komplexe von abstrakten Regeln stehen so in Konkurrenz, daß jene im evolutionären Anpassungsprozeß[450] als überlegen hervorgehen, die eine effektivere Ordnung generieren. Dieser effektive Vorteil im Überlebenskampf ist zugleich *der* ›Geltungsgrund‹ für die Regeln, d.h. der Grund, warum die Mitglieder einer sozialen Gruppe diese Regeln (faktisch) einhalten[451] – täten sie es nicht, wären sie anderen sozialen Gruppen und deren Ordnung unterlegen und würden gegebenenfalls nicht existieren[452].

Regel *(rule)* ist bei alledem eher unspezifisch definiert: »*Rule* in this context means simply a propensity or disposition to act or not to act in a certain manner, which will manifest itself in what we call a *practice* or custom«[453]. Die Regelartikulation kann selbst Teil der durch die Regeln zu beschreibenden sozialen Praxis sein; dabei ist es nicht möglich, die Praxis vollständig durch explizit gemachte Regeln zu repräsentieren. Auch für den außenstehenden Beobachter ist dies wegen der Komplexität nicht möglich: »It is closely connected with the fact, that the rules that govern action will often be much more general and abstract than anything language can yet express«[454]. Viele der Regeln sind »rules which existed only as a ›knowledge how‹«[455] und weder intern noch extern vollständig explizierbar. Dennoch beharrt HAYEK auch angesichts des notwendig unvollständigen Charakters seines Regelmodells auf der – im Kern naiven – ontologischen Festlegung auf die Existenz dieser Regeln. HAYEK beschreibt

449 »When we pass from the biggest kind of organization, government, […] to the overall order of th whole of society, do we find an order which relies solely on rules and is entirely spontaneous in character.« F.A.v. Hayek, a.a.O. S. 50; »It remains still true, that the system of rules as a whole does not owe ist structure to the design of either judges or legislators. It is the outcome of a process of evolution in the course of which spontaneous growth of custom and deliberate improvements of the particulars of an existing system have constantly interacted.« A.a.O. S. 100.

450 »Die Regeln, nach denen die Menschen handeln, stellen eine Anpassung der ganzen Gesellschaft an ihre Umgebung und an die allgemeinen Wesenszüge ihrer Mitglieder dar.« A.F.v. Hayek – Die Verfassung der Freiheit, S. 189.

451 »[…] that such rules come to be observed because in fact they give the group in which they are practised superiour strength.« F.A.v. Hayek – Law, Legislation and Liberty I. Rules and Order, S. 19. Vgl. M. Baurmann – Der Markt der Tugend, S. 135 ff. *(Ökonomische Theorien der Normgeltung).*

452 »These rules of conduct […] have evolved, because the groups who practised them were more successfull and displaced others.« A.a.O. S. 18.

453 A.a.O. S. 75.

454 A.a.O. S. 77.

455 A.a.O. S. 76.

eine soziale Praxis, der der Regelbegriff im Grunde ganz unangemessen ist, und das zeigt sich in gewissen paradoxen Formulierungen. So heißt es, daß eine Regel zwar im Prinzip artikulierbar sein muß, aber im Moment ihrer Artikulation sie sich selbst schon wieder so weit entfremdet sei, daß niemand wissen könne, ob das Regelgefüge nicht schon verändert wurde: »The unarticulated rules will therefore usually contain both more and less than what the verbal formula succeeds in expressing« – ja mit solchen Veränderungen sei zwingend zu rechnen, machen sie doch einen Teil der Fähigkeit von Gesellschaften aus, sich anzupassen und fortzuentwickeln (das eigentliche Moment der evolutiven Mutation). Auch wird eine Momentaufnahme einer spontanen Ordnung nicht durch ein definites System von Regeln darstellbar; auch hier schiebt sich ein interpretatorischer Prozeß dazwischen: »A rule not yet existing in any sense may yet appear to be ›implicit‹ in the body of the existing rules, not in the sense that it is logically derivable from them, but in the sense that if the other rules are to achieve their aim, an additional rule is required«[456]. Man fühlt sich hier unwillkürlich an den von Ronald Dworkin beschriebenen Interpretationsprozeß erinnert[457], der nach seiner Auffassung gerade solcher Phänomene wegen nicht im Rahmen eines Regelmodells beschreibbar ist.

Musterbeispiel für Recht als spontane Ordnung ist das *common law*[458]. Der Kernakteur, dem die Fortbildung des Systems der Regeln und damit die Verbesserung der daraus resultierenden Ordnung überantwortet ist, ist der Richter: »The judge in this sense is an institution of a spontaneous order. […] Not all law can therefore be the product of legislation«[459]. Seinen Ursprung hat derlei gewachsenes und durch Richterpraxis weiterentwickeltes Recht *(grown law)* im mittelalterlichen Recht, dessen Wesen Hayek ganz durch die Lehre vom ›guten alten Recht‹ von Fritz Kern erfaßt sieht, von dem auch eine längere Passage zitiert wird[460].

Der Herangehensweise Hayeks eignet in Bezug auf das Recht ein gewisses Spezifizierungsproblem. Es lassen sich innerhalb der Gesamtheit aller Regeln, die die

---

456 A.a.O. S. 78.

457 Dworkin selbst geht auf Hayeks Regelbegriff weder in *Bürgerrechte ernstgenommen* noch in *Law's Empire* ein; für einen Vergleich von Hayek und Dworkin siehe N.P. Barry – The Road to Freedom, S. 151 ff.

458 Vgl. A.I. Ogus – Law and Spontaneous Order, S. 396 ff.

459 F.A.v. Hayek, a.a.O. S. 95.

460 A.a.O. S. 83 f.; vgl. ders. – Die Verfassung der Freiheit, S. 175 FN 5. Es überrascht, daß Rückert, der die Theorie Hayeks nachdrücklich für die Beschreibung mittelalterlichen Rechts empfiehlt, sich andererseits äußerst kritisch zu Kern selbst und zur rechtshistorischen Anknüpfung an die Lehre Kerns geäußert hat (vgl. ders. – Die Rechtswerte der germanistischen Rechtsgeschichte im Wandel der Forschung bzw. ders. – Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive), diese explizite und für die Theorie Hayeks nicht unbedingt marginale Bezugnahme unerwähnt läßt.

Ordnung generieren, zwar soziale Regeln im engeren Sinn *(rules of just conduct)* abgrenzen, nicht aber innerhalb dieser Recht von anderen Sozialnormen. Man mag das zwar für eine Eigenschaft spontaner Ordnungen nehmen, die der hier vertretenen Auffassung verwandt ist, daß konkrete Ordnungen sich nicht in disjunkte Systeme von Normen, deren eines das Recht wäre, auflösen lassen, aber die Vagheit des Rechtsbegriffs ist bei Hayek doch insofern noch größer, als er auch das Kriterium der Erzwingbarkeit als Unterscheidungsmerkmal nicht gelten läßt. Recht wird weder über Gewalt bzw. dem Ziel, diese zu minimieren, noch über den Rechtszwang definiert, sondern bleibt in loser Weise einer nicht rechtsdogmatisch, sondern nur phänomenologisch faßbaren Sphäre des Richtens zugeordnet (»those rules of just conduct which emerge from the efforts of judges to decide disputes«[461]). Das Maß dafür, welche Regeln darunter fallen (bzw. fallen sollen) und welche nicht, ist allein das Funktionieren der resultierenden spontanen Ordnung als ganzer; auch ist es Pflicht des Richters, der hier ganz in den Dienst des evolutionären Prozesses gestellt ist, sich für die Durchsetzung und gegebenenfalls sogar Neuschöpfung[462] von Regeln einzusetzen, die das Funktionieren der (bestehenden) Ordnung stützen. Weil aber, wie Hayek ausdrücklich betont, auch Regeln, die die Ordnung untergraben, zum System gehören können (»unsuitable rules [which] become the cause of disorder«[463]), ist auch das kein brauchbares Kriterium zur Feststellung dessen, was Recht ist.

In der Beschreibung der Aufgabe des Richters[464], der Grenzen von Gesetzgebung[465] oder der Auffassung von Recht als *nomos* sind bei Hayek Einsichten in den Primat der Ordnung vor den Regeln verborgen, die allerdings von seiner Theorie nicht entsprechend eingeholt werden. Entgegen dem selbstgewählten Paulusmotto (*Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*[466]) gewinnt die Ordnung

461 F.A.v. Hayek, a.a.O. S. 94.

462 »The rules which he [i.e. the judge] pronounces will have to fill a definite gap in the body of already recognized rules in a manner that will serve to maintain and improve that order of actions which the already existing rules make possible.« A.a.O. S. 100.

463 A.a.O. S. 105. Zur Rolle der *appropriate rules* i.d.S. (für das Funktionieren des Marktes als spontane Ordnung) V. Vanberg – Spontanous Market Order and Social Rules, S. 78.

464 Z.B. »But even, when in the performance of this function he creates new rules, he is not a creator of a new order but a servant endeavouring to maintain and improve the functioning of an existing order.« F.A.v. Hayek, a.a.O. S. 119.

465 »There can never be a science of law that is purely a science of norms and takes no account of the factual order at which it aims.« A.a.O. S. 105. »Even an absolute ruler could not do without laying down some general rules to take care of details. The extent of the power of a ruler were, however, normally not unlimited but depended on a prevailing opinion of what were his rights.« A.a.O. S. 125.

466 A.a.O. S. 72.

bei ihm nie die Oberhand über das *complex system of rules.* Die ordnungsgenerierenden Kräfte *(ordering forces)* bleiben in ihrem Ursprung letztlich geheimnisvoll, und es wird auch kein selbstreferentieller Prozeß greifbar, wie die Ordnung sich selbst mittels Regeln *(rules)* hervorzubringen im Stande ist, wiewohl Hayek auf die Systemtheorie anspielend meint, an die Stelle des Begriffs *order* könne auch *system* gesetzt werden[467].

Hayeks ›spontane Ordnungen‹ sind gemäß der hier entwickelten Terminologie ein typisches Beispiel für die Beschreibung konkreter Ordnungen im theoretischen Metarahmen des Regeldenkens (und was im besonderen das Recht angeht, des Normativismus). Ein Indiz dafür ist das stete Insistieren darauf, daß es sich um *abstrakte* Regeln handeln müsse, die die Ordnung konstituieren. Damit ist zugleich ein Hauptunterschied zwischen dem Modell der spontanen Ordnung und dem hier vertretenen Modell der konkreten Ordnung markiert: erstere basieren auf abstrakten, allgemeinen Regeln, letztere auf gar keinen, sondern bilden umgekehrt den notwendigen Rahmen, allenfalls ein Regelanwendungsmodell rechtfertigen zu können und dessen Anwendungsbereich zu definieren. Ist das *spontane Ordnungsdenken* als Befürwortung des Liberalismus politisch motiviert, sozialdarwinistisch im Konzept und – was das Mittelalter angeht, das im Recht nicht mit abstrakten Regeln operiert – denkbar quellenfern, so ist umgekehrt das *konkrete Ordnungsdenken* im hier entwickelten Verständnis (darin von dem Carl Schmitts freilich abweichend[468]) theoretisch motiviert und, weil als Ordnungsrahmen an der Metaphysik des jeweils zu beschreibenden Zeitalters ausgerichtet, tendenziell quellennah, zumindest insoweit ein konkreter Ordnungsbegriff des Rechts auch die vielschichtigen *ordo*-Vorstellungen des Mittelalters zu inkorporieren hat.

Die Abstraktheit des Regelbegriffs bei Hayek ist Teil einer eigenwilligen *subreptio*, einer Rechtfertigungsstrategie für die uneingeschränkte Verwirklichung dessen, was er unter ›Freiheit‹ versteht. Verkürzt dargestellt wird von der Notwendigkeit abstrakter Regeln und deren Beachtung für das Bestehen sozialer Ordnung und der Eigenschaft dieser abstrakten Regeln, im Gegensatz zu konkreten Befehlen unabhängig von der Person, die sie ausspricht, zu bestehen, auf die Notwendigkeit geschlossen, daß diese abstrakten Regeln als echte materielle Gesetze unter dem Prinzip der ›Gleichheit vor dem Gesetz‹ stehen müssen und persönliche Privile-

467 A.a.O. S. 155.

468 Hayek geht selbst in knapper Form auf die Unterschiede zwischen seiner Konzeption ›spontaner Ordnung‹, die auf abstrakten Regeln beruht, und Carl Schmitts ›konkreter Ordnung‹ ein, die er als antiliberale Unterwerfung des Politischen unter konkrete Zwecke deutet; a.a.O. S. 71.

gierung jedweder Art mit solchen Gesetzen unvereinbar sei[469]. Die Beschreibung einer Gesellschaftsordnung mit ausgeprägter sozialer Ungleichheit gerade auch in der Rechtsposition, in deren Selbstverständnis der Rang von Personen ganz wesentliches Merkmal ist, ist mit einem derartigen Modell mit gleichsam an der Wurzel eingepflanzter »equality before the law« der »universal rules of just conduct«[470] wohl schwer ins Werk zu setzen. Hayeks spontane Ordnungen leiden also nicht nur an den unreflektiert bleibenden Widersprüchen des basalen Regelmodells, der Ansatz ist überdies belastet durch eine vom Autor verfolgte ideologische Absicht, auf die die ganze Konstruktion der spontanen sozialen Ordnungen hinausläuft: Es soll der Nachweis erbracht werden, daß kein bewußter Eingriff die Funktionsfähigkeit eines unbeeinflußten Marktes verbessern kann. *Die* spontane Ordnung, um die es letztlich geht, ist der freie Markt. Die *quasi* als Axiom in die Theorie eingehende Verknüpfung von Rechtfertigung des Marktmodells mit der ideologischen Besetzung des Freiheitsbegriffs und mit der normativen Ausrichtung des Regelmodells spontaner Ordnungen auf die ungestörte Verwirklichung dieser Verbindung steht der Anwendung der Theorie auf das Funktionieren typischer Ranggesellschaften wie im Mittelalter zweifellos im Weg:

> »The theses of this book is that a condition of liberty in which all are allowed to use their knowledge for their purposes, restrained only by rules of just conduct of universal application, is likely to produce for them the best conditions for archieving their aims; and that such a system is likely to be achieved and maintained only if all authority, including that of the majority of the people, is limited in the exercise of coercive power by general principles to which the community has committed itself.«[471]

So notwendig es für die Rechtshistorie ist, zwischen dem modernen Rechtsbegriff und dem mittelalterlichen Rechtsdenken eine Brücke zu finden, so wenig Grund besteht doch, bei diesem Brückenschlag ausgerechnet einen theoretischen Umweg über eine sozialdarwinistisch motivierte Kritik an der vermeintlichen Statik des neoklassischen Marktmodells zu nehmen[472], die für den mittelalterlichen Rechts-

469 Zu Hayeks Verwendung des Gesetzesbegriffs siehe die vergleichenden Ausführungen zum rechtsstaatlichen und zum formellen Gesetzesbegriff in C. Schmitt – Verfassungslehre, S. 138 ff.; zu Schmitts Begriffsbildung wiederum H. Hofmann – Legitimität gegen Legalität, S. 79 ff.

470 A.I. Ogus – Law and Spontaneous Order, S. 397.

471 F.A.v. Hayek, a.a.O. S. 55.

472 »[His] view of the market as a dynamic process led Hayek to be highly critical of the neo-classic obsession with supply and demand equilibrium and allocative efficiency.« A.I. Ogus, a.a.O. S. 396.

begriff nicht mehr zu bieten hat als ein abstraktes und darin methodisch unangemessenes Regelmodell für Einsichten, die bereits Fritz Kern referiert hat.

Das dritte von Joachim Rückert ins Spiel gebrachte ›Theorieangebot‹ an die Rechtsgeschichte ist die Lehre vom Recht als kombiniertem System von Primär- und Sekundärregeln nach H.L.A. Hart[473] – eine Empfehlung, wie sie in bezug auf das Mittelalter unglücklicher nicht getroffen werden könnte. Hart beschäftigt sich noch weniger, als Luhmann oder Hayek das tun, mit den Bedingungen von Recht im Mittelalter, sondern konzipiert seine Theorie mit entschiedenem Blickpunkt auf das ausdifferenzierte positive Recht der Moderne und dient hier, je nach rechtsphilosophischem Lager, entweder als rechtspositivistische Standardreferenz oder als höchst umstrittener argumentativer Reibebaum.

Oben, am Beginn von Abschnitt III wurde auf die Möglichkeit eingegangen, mittelalterliches Recht als reines Verhaltensregelmodell zu beschreiben. Nach der Hart eigenen Konzeption wäre ein derartiges Primärregelmodell einer Gesellschaft zwar im Prinzip denkbar[474], aber nicht als Rechtstheorie, weil eine solche Gesellschaft über keine (Sekundär-)Regel verfüge, die es erlauben würde, die geltenden primären Regeln als Rechtsregeln zu identifizieren und von anderen sozialen Verhaltensregeln abzugrenzen. Ein reines Primärregelmodell, bei dem die Geltung jeder Verhaltensregel unmittelbar auf allgemeiner Akzeptanz beruht, wäre allenfalls für eine kleine eng verbundene soziale Gruppe auf vorrechtlichem Niveau vertretbar. Es bedürfe also mindestens *einer* zur Identifikation der rechtlichen Primärregeln geeigneten Sekundärregel – Hart nennt sie *rule of recognition* – um in die Sphäre des Rechts einzutreten: Wenn »eine bestimmte Gemeinschaft eine grundlegende sekundäre Regel entwickelt hat, die die Bedingungen dafür festlegt, wie Rechtsregeln zu identifizieren sind, dann ist die Vorstellung einer gesonderten Menge von Rechtsregeln und damit des Rechts geboren«[475]. Der vorrechtliche Zustand leide neben diesem Mangel der Unbestimmtheit *(uncertainty)* auch an zwei weiteren Defiziten, der Unbeweglichkeit *(static character)* und der Ineffektivität *(inefficiency)* mit »der Gefahr einer nicht abreißenden Kette von Privatfehden, von

473 Hart definiert seine beiden Regeltypen folgendermaßen: »Under rules of the one type, which may well be considered the basic or primary type, human beings are required to do or abstain from certain actions, whether they wish or not. Rules of the other type are in a sense parasitic upon or secundary to the first; for they provide that human beings may by doing or saying certain things introduce new rules of the primary type, extinguish or modify old ones, or in various ways determine their incidence or control their operations.« H.L.A. Hart – The Concept of Law, S. 81.

474 A.a.O. S. 91 ff.

475 R. Dworkin – Bürgerrechte ernstgenommen, S. 52.

›Rache‹ und ›Wiedervergeltung‹«[476] (»the smouldering vendettas which may result from self-help in the absence of an official monopoly of ›sanctions‹«[477]). So wie der erste Mangel durch die Erkennungsregel behoben werde, so der zweite durch die Einführung einer weiteren speziellen Art von Sekundärregeln, den Änderungsregeln *(rules of change)* und der dritte durch das Gewaltmonopol spezifizierende Entscheidungsregeln *(rules of adjudication).* Eine Gesellschaft tritt gemäß Harts Theorie also dann endgültig in die Welt des Rechts ein, wenn alle drei Defekte beseitigt sind: »The introduction of the remedy of each defect might, in itself, be considered a step from the prelegal into the legal world; […] certainly all three remedies together are enough to convert the regime of primary rules into what is indisputably a legal system«[478].

Wer die Theorie Harts unmittelbar auf mittelalterliche Verhältnisse angewendet wissen will, steht vor dem Problem, daß nach dessen Qualifikation des Rechtszustandes unter den Lebensumständen, die als für das Mittelalter typisch angesehen werden, noch gar kein Rechtssystem ausgebildet wäre, das soziale Regelwerk sich bestenfalls in einer Transitionsphase zu einem solchen befände. Joachim Rückerts Empfehlung, auf Harts Theorie zurückzugreifen, ist offenbar genau i.d.S. als Anregung zu verstehen, (früh)mittelalterliches Recht und dessen Geschichte als Übergangsprozeß hin zu Sekundärregeln zu verstehen, wenn er schreibt, »›Germanisches‹ Recht erscheint dabei als spontane Ordnung auf dem Weg von *primary* zu *secondary rules*, also von einfachem Verhaltensnormenrecht zu einer komplexeren Ordnung mit Kompetenznormen«[479]. Bevor wir die Anhaltspunkte, die er dafür anführt, beurteilen, sei zunächst die Frage gestellt, was man sich unter einer *rule of recognition* für mittelalterliches Recht vorstellen könnte.

---

476 M. Pawlik – Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts, S. 95.

477 H.L.A. Hart, a.a.O. S. 93.

478 A.a.O. S. 94.

479 J. Rückert, a.a.O. S. 602. Die im Satz zum Ausdruck kommende Verbindung von Hayeks spontanem Ordnungsdenken und Harts Regelmodell stößt auf gesonderte Probleme, da für ersteres ein externer Standpunkt zu Normen maßgeblich ist (vgl. M. Baurmann – Der Markt der Tugend, S. 157), für Harts Rechtskonzeption aber ausdrücklich ein interner, d.h. einer aus der Teilnehmerperspektive; Harts Ansatz erlaubt demgemäß im Gegensatz zu Hayek oder Luhmann die Unterscheidung von normativen Regeln und faktischen Verhaltensregelmäßigkeiten: »Wesentlich für die [normativ gefaßte] Regel zum Unterschied von der bloßen tatsächlichen Gewohnheit ist also der ›interne Aspekt‹: Die oder wenigstens einige Gruppenmitglieder müssen das Regelverhalten als Standard anerkennen, dem die Gruppe als ganze folgen soll. Verhaltensregeln sind also gegenüber bloßen Verhaltensregelmäßigkeiten durchaus abzugrenzen […]« F. Bydlinski – Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 189. Das Verhältnis von Sekundärregeln und Kompetenz- oder Ermächtigungsnormen ist gleichfalls problematisch; dazu M. Pawlik, a.a.O. S. 101 f.

Eine *rule of recognition* i.S.v. Hart bringt alle Primärregeln (und allenfalls weitere Sekundärregeln) eines Rechtssystems in einen Ableitungszusammenhang, sie stiftet, ähnlich Kelsens ›Grundnorm‹, die Einheit der Rechtsordnung[480]. Sie hat dabei die Doppelfunktion, *Anerkennungsregel* zu sein (und zwar in einer positiven Rechtsordnung die einzige) und zugleich *Erkennungsregel* oder *Erkenntnisregel*, d.h. sie allein bildet den letzten Maßstab dafür, zu entscheiden, ob eine Rechtsregel zum System gehört (d.h. ›gilt‹) oder nicht. Es kann also eine Mehrzahl von *rules of recognition* nur insoweit geben, als es eine Mehrzahl von unabhängigen Rechtssystemen gibt, und das bedeutet im Kontext des modernen Rechts, als es souveräne Staaten mit je eigener Rechtsordnung gibt[481]. Die zu erwartende Pluralität von *rules of recognition* für das mittelalterliche Recht wäre aber von grundlegend anderer Art: für jeden Rechtskreis, jede konkrete Ordnung (Ding, Handhaftverfahren, Klostergemeinschaft etc.), jede noch so partikulare Rechtsgewohnheit wäre jeweils eine eigene (An-)Erkennungsregel zu postulieren, weil das Mittelalter ein alles Recht integrierendes System mit korrespondierendem Gewaltmonopol und durchgehendem Delegationszusammenhang nicht ausgebildet hat. Allenfalls könnte man dem dem Mittelalter vertrauten Grundsatz ›alles Recht ist von Gott‹ den Rang einer anerkannten alles Recht zusammenfassenden ›*super rule of recognition*‹ zubilligen, freilich wäre das eine Regel, deren unmittelbare Anwendung keinen festen Leitfaden zur Identifizierung von Rechtsregeln an die Hand gäbe, sondern im Gegenteil einen vermutlich unerschöpflichen Quell für substantielle Auslegungsdifferenzen.

Aber auch die Vielzahl der einzelnen *rules of recognition* erfüllt ihren Hauptzweck nicht: Diese mögen zwar anerkannte Regeln sein, insofern die Existenz und Normativität der unter sie fallenden sozialen Praktiken unbestritten ist, aber sie erfüllen den Erkenntniszweck nicht, weil sie notwendig in tautologischer Form konstruiert sein müssen. So müßte eine das Handhaftverfahren als partikulare Mikrorechtsordnung begründende Sekundärregel in etwa lauten: ›Halte dich im Handhaftverfahren an jene Regeln, die im Handhaftverfahren seit je gebräuchlich sind‹, oder eine dinggenossenschaftliche *rule of recognition*: ›Im Ding verhalte dich gemäß den primären Verhaltensregeln der Dinggenossenschaft‹. Damit ist zwar die Einheit dieser

480 »Hart nimmt also an, dass es in jedem Rechtssystem genau *eine* Erkennungsregel gibt, welche die Kriterien für die Geltung aller anderen Regeln des Systems liefert. Aus diesem Grund bezeichnet er sie als letzte Regel (›ultimate rule‹). Diese letzte Regel ist jedoch nach Harts Auffassung nicht bloß eine vorausgesetzte, rein formale Norm, wie Kelsens Grundnorm, sondern eine real existierende […] anerkannte und das Rechtsleben bestimmende Regel.« P. Koller – Theorie des Rechts, S. 165.

481 Ein abseits dieses Gedankens stehender Fall einer weiteren *rule of recognition* wäre die, die dem kanonischen Recht zugrunde liegt.

Rechtsformen konstituiert und für einen aufmerksamen externen Beobachter ließen sich die zugehörigen Primärregeln wohl auch erkennen, aber dem internen Beobachter, der aus seiner Teilnehmerperspektive heraus wissen will oder entscheiden muß, was rechtens ist und wie er sich zu verhalten habe, wäre damit nicht geholfen. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zum modernen staatlichen Recht, das typischerweise in einer anerkannten Verfassung gründet, aus der sich durch die dort verankerten Normsetzungsverfahren und Kompetenznormen die Geltung jeder einzelnen in Frage stehenden Rechtsnorm durch eine Art Stammbaum *(pedigree)* auf die Verfassung, die hier selbst als *rule of recognition* fungiert, zurückführen läßt. Das Beispiel, das Ronald Dworkin anführt[482], zeigt recht anschaulich, wie eine konkrete rechtliche Verhaltensregel (hier eine Parkverordnung) im Spiegel des Stufenbaus der Rechtsordnung über mehrere Ebenen von Rechtserzeugungsnormen letztlich auf die Verfassung (der Vereinigten Staaten) zurückgeführt werden kann. Diese in Teilschritte zerlegbare Rückverfolgbarkeit auf eine anerkannte letzte Regel *ist* in Harts Rechtspositivismus der *ganze* Geltungsgrund der in Rede stehenden Verhaltensnorm.

Der Mensch in einer vormodernen Rechtswelt muß hingegen, will er eine Antwort auf die Frage, was rechtens ist, entweder selbst mit der Institution und ihrer konkreten Ordnung vertraut sein, etwa durch wiederholte Teilnahme an der betreffenden Praxis, oder sich an eine Autorität wenden, der dieses Wissen zuerkannt wird. Gerade in einer oral dominierten Gesellschaft offenbart sich hier einmal mehr der Vorrang der gelebten Ordnung vor der Regel; letztere ist parasitär und keineswegs konstitutiv. Wenn Rückert meint, »Die frühmittelalterlichen Quellen bieten bereits gute Anhaltspunkte für diesen sekundären Regeltyp [der *rule of recognition*]. Ding, Ladung, Rechtsauskunft, Umstand, besondere Verfahren wie Handhaft und anderes, erscheinen als Anerkennungsregeln jenseits bloß direkter Rechtsregeln«[483], dann bringt er damit zwar das dem Mittelalter eigentümliche In- und Nebeneinander von vielen Partialrechtsordnungen in HARTscher Terminologie auf den Punkt, befindet sich aber mitten im beschriebenen Dilemma. Die

482 »Der Nachweis der Gültigkeit einer bestimmten Regel kann daher erfordern, daß man von dieser bestimmten Regel aus eine komplizierte Gültigkeitskette letztlich bis auf die grundlegende Regel zurückverfolgt. So ist eine Parkverordnung der Stadt New Haven deswegen gültig, weil sie vom Stadtrat gemäß dem Verfahren und innerhalb der Kompetenz, die von dem vom Staat Connecticut angenommenen Stadtrecht angegeben wird, angenommen wurde, und zwar in Übereinstimmung mit dem Verfahren und innerhalb der Kompetenz, die von der Verfassung des Staats Connecticut angegeben wird, welche wiederum in Übereinstimmung mit den Forderungen der Verfassung der Vereinigten Staaten angenommen wurde.« R. Dworkin, a.a.O. S. 53.

483 J. Rückert, a.a.O.

gefundenen *rules of recognition* verbürgen gerade nicht die Identifizierung aller zur jeweiligen Praxis gehörenden Primärregeln[484]. In diesem Zusammenhang zu sagen, »die *leges* funktionieren als ein Mittel genauerer Identifizierung von Normen«, verfehlt sowohl den Charakter der *leges* als auch die Struktur des mittelalterlichen Rechts als ganzem. Woran es fehlt, um einen Stammbaum für die Primärregeln zu definieren, sind insbesondere *rules of change*, also Normen, die die Rechtsetzung regeln (und darüber hinaus Geltungsdauer, Derogation, Kollisionsverhalten etc.). Nur mittels solcher Regeln, die Kompetenzen zur Gesetzgebung oder ein formelles Präjudiziensystem mit richterlicher Drittentscheidungskompetenz normieren, läßt sich ein stufenförmiger Zusammenhang von Geltung und Ableitung herstellen. Das ist aber gerade nicht die Situation des Mittelalters. Und selbst wenn es gelänge, solche intermediären Regeln für die Dinggenossenschaft, Handhaftverfahren, Gewährung und Verlust von Huld etc. zu formulieren, wäre man noch nicht über das bloße Verfahrensrecht hinausgekommen. Für das materielle Recht einer oral ausgerichteten Rechtswelt *rules of recognition* zu finden, dürfte noch viel schwieriger sein als für wiederkehrende Verfahren. Haben rechtspositivistische Regelmodelle als solche schon große Mühe mit der Erfassung von Gewohnheitsrecht, so dürften sie gänzlich ungeeignet sein, den lautlosen Wandel von Rechtsgewohnheiten zu beschreiben. Die Änderungsregeln sind hier ja keine expliziten Kompetenznormen, weil niemandem, auch dem König nicht, die Ermächtigung zur Setzung von generellen Normen zukommt, sondern diese wirken im Verborgenen, kleiden sich diskret in Figuren, wie der ›Rechtsbesserung‹, die – als *rule of change* aufgefaßt – einen äußerst vagen Anwendungsbereich hätte, nicht zu vergleichen mit den vergleichsweise präzisen Regeln z.B. für parlamentarische Gesetzgebung. Die Kompetenz zur Änderung von Rechtsgewohnheiten kommt der Rechtsgemeinschaft als ganzer zu bzw. faktisch dem im Ding zusammentretenden konkreten Ausschnitt aus dieser, aber eben gerade nicht in der Gestalt einer förmlichen Ermächtigung, sondern deshalb, weil oral dominiertes Recht, das im Medium der Erinnerung und rituellen Wiederholung lebt, der Mechanismen der Vergewisserung dieses Rechts wegen nicht stabil bleiben kann.

Die Fundamentalkritik Ronald Dworkins am Rechtspositivismus, die, bezogen gerade auch auf das Regelmodell von Hart[485], in die Feststellung mündet, daß

---

484 Das könnte nur unter besonderen Umständen gelingen, z.B. wenn ein System von Primärregeln vollständig kodifizert in einem autoritativen und unwandelbaren Text vorläge; die dazugehörige *rule of recognition* bestünde dann vollständig in der Identifizierung dieses Texts. Dieses Ausmaß an Eindeutigkeit ist auf oraler Grundlage nicht zu erreichen.

485 Für weitere Kritik an Hart siehe R. Alexy – Zum Begriff des Rechtsprinzips.

dieser schlicht die (moderne) Rechtspraxis nicht angemessen zu beschreiben in der Lage sei, weil »law is not exhausted by any catalogue of rules or principles, each with its own dominion over some discrete theater of behavior«[486], ist Teil einer intensiven Diskussion über Regelmodelle des Rechts[487]. Sind Regelmodelle ohne subtile Einbeziehung von Prinzipien und interpretativer Rahmenstruktur nicht in der Lage, modernes, ohnehin schon nach dem eigenen Selbstverständnis als *System von Rechtsregeln* auftretendes Recht zu beschreiben, so muß umso mehr in Frage stehen, ob sie das geeignete Instrument für vormodernes Recht in der Übergangsphase von oraler Repräsentation hin zu verschrifteter Rechtsordnung darstellen können. Vieles, was der Rechtspositivismus als Praxis des Regelumgangs (Rechtsetzung, Subsumtion, Kollisionsregeln etc.) für seinen Zugang ins Treffen führen kann, fällt fort, weil entsprechende Praktiken nicht entwickelt waren. Eine Fruchtbarmachung der Theorie HARTS für die frühmittelalterliche Rechtsgeschichte, wie von RÜCKERT empfohlen, erscheint vor diesem Hintergrund ein aussichtsloses Unterfangen.

Die insgesamt skeptische Beurteilung all dieser Theorieangebote an die Rechtsgeschichte bedeutet nicht, daß es nicht jüngere Entwicklungen gäbe, deren Verfolgung für die begriffliche Erfassung mittelalterlichen Rechts aussichtsreicher scheint – wie z.B. der jüngst vorgebrachte Begriff der ›Ordnungskonfigurationen‹, der zwar nicht unmittelbar auf einen Rechtsbegriff zielt, aber für einen solchen als theoretischer Rahmenbegriff dienen könnte.

### *Ordnungskonfigurationen*

Der Begriff ›Ordnungskonfigurationen‹ wurde von STEFAN WEINFURTER geprägt und in die wissenschaftliche Diskussion eingebracht, vorsichtig und mit einer bewußt offengehaltenen Definition[488], jedoch gleichzeitig mit einer unmißverständlichen Akzentuierung, damit über die reale soziale Ordnung[489] hinausgehend auch die mit diesen in Verbindung stehende ideelle Seite der Ordnung[490] einbeziehen zu wol-

486 R. Dworkin – Law's Empire, S. 413.

487 Siehe z.B. J.-R. Sieckmann – Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems.

488 B. Schneidmüller, S. Weinfurter – Ordnungskonfigurationen, S. 7.

489 Zur ›realen‹ Seite zählen »Formen der gesellschaftlichen Geordnetheit« (a.a.O.), »politische und soziale Ordnungsfiguren« bzw. »Ordnungsmechanismen« (a.a.O. S. 9), »Herrschaftsentwürfe und Verwaltungsordnungen« (a.a.O. S. 12). Die »Methoden des Ordnens«, insbesondere das »rationale Ordnen« (a.a.O. S. 10), spielen wohl eine intermediäre Rolle zwischen den realen und ideellen Momenten innerhalb von Ordnungskonfigurationen.

490 Auf die ›ideelle‹ Seite fallen Begriffe wie »Konzepte«, »Ordnungsvorstellungen« (a.a.O. S. 8), »Wertevorstellungen« (a.a.O. S. 9), »gesellschaftliche Deutungsmuster«, »Ordnungsmuster« (a.a.O. S. 10),

len. Die Verschränkung von »gedachter und etablierter Ordnung«[491] soll dem Begriff seine wissenschaftliche Fruchtbarkeit verleihen, bedingt zugleich aber dessen hohen Grad an Komplexität – in der Intention des Urhebers liegt es sogar, »daß ›Ordnungskonfigurationen‹ möglichst komplex zu verstehen sind«[492] und insbesondere die Wechselwirkung zwischen den realen und ideellen Komponenten in die Betrachtung zu integrieren: »›Ordnungskonfigurationen‹ umfassen demnach nicht nur Konzepte, sondern auch Wege, Modelle und Formen der realen Umsetzung bestimmter Werte- und Ordnungsvorstellungen und – so muß man ergänzen – deren Rückwirkung wiederum auf Konzepte«[493]. Der Begriff, ein Kunstwort – Kompositum aus *ordo* und *figurae*[494] –, ist sichtlich wieder ein Distanzbegriff, der den zeitlichen Abstand zu den geschichtlichen und sozialen Phänomenen, um die es geht, überbrücken und dabei nicht zuletzt die ideologischen Irrungen des Verfassungsgeschichtsverständnisses des 19. und 20. Jahrhunderts von sich weisen und auch in den mittelalterlichen Überzeugungen selbst eine gewisse Resonanz finden soll[495]. ›Ordnungskonfigurationen‹ wollen nichts Geringeres sein als eine neue geschichtswissenschaftliche Basiskategorie, die paradoxerweise ihren Ausgang nicht von einer Statik des *ordo*-Gedankens, sondern von der Beobachtung des unausgesetzten Wandels sozialer und geistiger Ordnungen im Mittelalter nimmt. An der Wurzel der Begriffsbestimmung schon stehen Krise und Konflikt. Ordnungskonfigurationen befinden sich, so wird

»intellektuelles Selbstverständnis« (a.a.O. S. 11), »gedankliche Ordnungsmuster und Denkweisen« (a.a.O. S. 12) u.a.m.

491 A.a.O. S. 8. Vgl. dieselbe Formulierung schon in S. Weinfurter – Autorität und Herrschaftsbegründung des Königs um die Jahrtausendwende, S. 58. »Es geht nicht allein um das Funktionieren von Institutionen, um die Grundlage menschlichen Zusammenlebens in Gruppen und Verbänden. Hier soll eine Weiterung ausprobiert werden: das Zusammenwirken von gelebten und gedachten Ordnungen, das Verhältnis von Ordnung in den Köpfen, auf den Pergamenten und im Agieren, die Verschränkung der Wirklichkeiten und der Imaginationen.« B. Schneidmüller, S. Weinfurter – Ordnungskonfigurationen, S. 16.

492 A.a.O. S. 12.

493 A.a.O. S. 8. Vgl. S. Weinfurter – Canossa, S. 69. Der Gedanke der Rückwirkung und des Wechselspiels zwischen sozialer Realität und bedingenden geistigen Prinzipien findet sich exemplarisch bei Otto Gerhard Oexle ausgeführt am Beispiel der Ausbildung ständischer Gliederungen im Frühmittelalter; ders. – Tria genera hominum, S. 499 f.

494 B. Jussen – Ordo zwischen Ideengeschichte und Lexikometrie, S. 227.

495 »Der Begriff ›Ordnung‹ lenkt überdies den Blick auf die Vorstellung von ›Unordnung‹ oder ›Nicht-Ordnung‹, die dem Mittelalter sehr vertraut waren.« B. Schneidmüller, S. Weinfurter – Ordnungskonfigurationen, S. 7 f. Zum Verhältnis zur Verfassungsgeschichte ergänzend B. Schneidmüller – Von der deutschen Verfassungsgeschichte zur Geschichte politischer Ordnungen und Identitäten im europäischen Mittelalter, insbes. S. 499 f.

in der Begriffsexplikation betont, »in einem ständigen Entwicklungsprozeß, denn sie reagieren auf sozialen Wandel und sozialethische Veränderungen ebenso wie auf neue Wissens- und Erkenntnismöglichkeiten und die daraus resultierenden gesellschaftlichen Deutungsmuster«[496], und in ihnen »spiegelt sich gerade diese Wechselbeziehung von Wertevorstellungen und politischen und sozialen Ordnungsfiguren. Es handelt sich in der Summe sowohl um Ordnungsvorstellungen als auch um Ordnungsmechanismen und schließlich um Ordnungsgestaltungen«[497]. Der Witz der Begriffskonstruktion scheint mir darin zu liegen, weder den realen sozialen Ordnungen noch dem geistigen, ideellen Ordnungsgefüge den theoretischen Primat einräumen zu wollen, um einen Reduktionismus in die eine oder andere Richtung zu rechtfertigen[498], sondern in der Wechselwirkung zwischen beiden Momenten selbst das Ferment für die geschichtliche Entwicklung zu sehen. Ordnungskonfigurationen sind dabei bestimmt durch Kontinuität, Konkurrenz und Wandel, wobei die Konkurrenz zwischen verschiedenen Ordnungskonfigurationen[499] bisweilen eine Intensität annehmen kann, die diese zu einem primär-politischen Phänomen macht. Das ›Politische‹ ist also nicht nur zufälliger Teilaspekt als eine der in die Konfiguration eingehenden Ordnungsfiguren, sondern Ordnungskonfigurationen sind ihrem Wesen nach so sehr politisch, wie das Politische zum Menschen als solchem gehört.

Ordnungskonfigurationen sind als Rahmenbegriff entworfen, in dem die verschiedensten Komponenten und Elemente (Ordnungsideen, -entwürfe, -programme, -modelle, -muster, -systeme, -konzepte, -strukturen, -funktionen u.s.f.) begrifflich integriert werden. Die vorgeschlagene Gliederung in Ordnungsvorstellungen, -mechanismen und -gestaltungen[500] oder alternativ in Ordnungskräfte, -produkte und -felder[501] ist wohl nur demonstrativ und *pars pro toto* zu verstehen, entsprechend dem vorläufigen und offenen Begriffscharakter. Ordnungskonfigurationen haben so eine doppelte Stellung als handlungsbestimmende politisch-soziale Realität einerseits und als universeller letzter Sinnhorizont des historischen Selbstverständnisses einzelner Gruppen und Akteure andererseits. Darüber hinaus sind sie auf der me-

496 A.a.O. S. 9 f.

497 A.a.O. S. 9.

498 Grundsätzliche Kritik an solchen Versuchen bei O.G. Oexle – Deutungsschemata der sozialen Wirklichkeit im frühen und hohen Mittelalter, S. 69 ff.

499 »Der Begriff der ›Ordnungskonfigurationen‹ […] zielt nicht nur auf die Beschreibung und Deutung konkreter Lebensordnungen, sondern auch und vor allem darauf, wie das Neben- und Miteinander teils komplementärer, teils konkurrierender Ordnungsvorstellungen vermittelt wurde.« K.v. Eickels – Tradierte Konzepte in neuen Ordnungen, S. 97.

500 B. Schneidmüller, S. Weinfurter – Ordnungskonfigurationen, S. 9.

501 A.a.O. S. 13.

thodischen Metaebene Deutungsschemata der geschichtlichen Wirklichkeit – gewissermaßen ›Deutungsschemata zweiter Ordnung‹, dann nämlich, wenn soziale Deutungsschemata selbst als Elemente der Ordnungskonfigurationen identifiziert werden können, wie z.B. die noch zu erörternde sog. ›funktionale Dreigliederung der Gesellschaft‹ am Beginn des 11. Jahrhunderts.

Wendet man sich, um das ganze Konzept der Ordnungskonfigurationen besser zu verstehen, einzelnen Beispielen zu, die von Weinfurter (und anderen) behandelt werden, so sind an erster Stelle die im programmatischen Text von 2003 *(Ordnungskonfigurationen – Die Erprobung eines Forschungsdesigns)* genannten beiden Beispiele zu nennen: der Zusammenhang von Gemeindebildung und *vita communis* sowie der zwischen (lombardischer) Stadtentwicklung und dem Ordnungsmodell der ›bürgerlichen Freiheit‹, zwei Ordnungskonfigurationen, die beide in schwerem Konflikt mit dem konkurrierenden, die Politik Friedrich Barbarossas bestimmenden Ordnungskonzept des *honor imperii* standen[502].

Griffiger für eine gedankliche Bestimmung dessen, was Stefan Weinfurter unter Ordnungskonfigurationen verstanden wissen will, erscheint der Rückgriff auf seine Analyse der Krise in der Herrschaft Kaiser Heinrichs III. aus dem Jahr 2001 *(Ordnungskonfigurationen im Konflikt).* Hier sind es »drei Grundtypen von Ordnungskonfigurationen, die in der Zeit Heinrichs III. miteinander ringen«, und diese werden durch drei Prinzipien repräsentiert, »das theokratische Prinzip, das funktionale Prinzip und das konsensuale Prinzip«[503]. Das theokratische Prinzip ist Kern dessen, was Weinfurter an anderer Stelle die »gratiale Herrschaftsordnung«[504] bzw. das »gratiale Herrschaftssystem«[505] genannt hat und das historisch die intensivste Ausprägung des christuszentrierten Königsgedankens[506] vor dessen Zusammenbruch im Investiturstreit darstellt. Die Krise kann als Vorstufe für diesen schärferen Konflikt gesehen werden. Die konkurrierenden Ordnungskonfigurationen sind einerseits die ›funktionale‹ Dreiteilung der Gesellschaft in *oratores*, *bellatores* und *laboratores*, eine bei Abbo von Fleury, Adalbero von Laon und Gerhard von Cambrai formulierte ›Ständelehre‹[507], andererseits aber die adelszentrierte Vorstellung einer konsensualen Herrschaft[508]. Charakteristische Symbolhandlung

502 A.a.O. S. 8 f.

503 S. Weinfurter – Ordnungskonfigurationen im Konflikt, S. 80.

504 S. Weinfurter – Investitur und Gnade, S. 110.

505 A.a.O. S. 113.

506 Vgl. O.H. Kost – Das östliche Niedersachsen im Investiturstreit, S. 54 ff. *(Die sächsisch-salische Königs-Theologie bzw. -Christologie).*

507 O.G. Oexle – Die funktionale Dreiteilung der ›Gesellschaft‹ bei Adalbero von Laon.

508 B. Schneidmüller – Konsensuale Herrschaft.

für die theokratische Position ist für WEINFURTER das bei HEINRICH III. bezeugte intensive ›Bußweinen‹. HEINRICH hat »sein Herrschaftsprogramm und seine Herrschaftsführung insgesamt unter die Idee des büßenden Königs gestellt«[509].

Es läßt sich an dem geschilderten Beispiel ablesen, wie man sich ›Ordnungskonfigurationen‹ vorzustellen hat. Im konzeptuellen Rahmen der Ordnungskonfiguration bilden die rituellen Handlungen (konkret das Büßen und Weinen des Königs) »die Ordnungswirklichkeit ab und verpflichten die Beteiligten zu ihrer Anerkennung«[510]. Die komplementäre Seite der ›Ordnungsvorstellungen‹ liegt den Ritualen zwar zugrunde, kann aber, gemäß WEINFURTER »nur bedingt aus der rituellen Zeremonie erschlossen werden«[511]. Denn die dahinterstehende ›Ordnungsidee‹ ist transzendent, als »organologische Konfiguration [...] auf das *corpus Christi* als Metapher für die Kirche festgelegt«, weswegen es auch falsch wäre, den König als Verkörperung einer abstrakten Größe wie des ›Staates‹ zu sehen. Im *corpus Christi* im übertragenen Sinn ›fungiert‹ der König als Mittler zwischen Kirche und Welt *(mediator cleri et plebis*[512]), und es kommt ihm innerhalb der Körpermetapher als *vicarius Christi* wenig überraschend die Position des Hauptes zu. Als Ordnungskonfiguration hat das ›büßende Königtum‹ Vorläufer unter HEINRICH II.[513] und KONRAD II. und in ihrer Verknüpfung von legitimierender Ordnungsidee und durch Ordnungsrituale iterativ stabilisierte Ordnungswirklichkeit so etwas wie ›Verfassungscharakter‹: »Bei solchen Inszenierungen ging es nicht nur um Äußerungen der Frömmigkeit oder um die Demonstration der Verbundenheit mit der Kirche, sondern um die Begründung des Königtums selbst. Solche Akte waren, modern gesprochen, Elemente der Verfassung«[514]. Machtpolitischer Kern dieser ›Verfassung‹ war der Anspruch auf Friedenssicherung durch Herrschaft, d.h. durch kaiserlichen Befehl. Ordnungskonfigurationen sind so gesehen Entwürfe inhaltlich konsistenter, mit den herrschenden metaphysischen Vorstellungen im Einklang stehende Legitimationsgrundlagen für soziale Ordnungen einschließlich der Formen ihrer konkreten Umsetzung in Strukturen, Rituale und symbolische Handlungen. Als solche sind sie – schon deswegen, weil wir uns auf politischem Terrain bewegen – niemals unbestritten. Der politische Widerstand nährt sich nicht aus wirklicher oder vermeintlicher Inkonsistenz der

509 S. Weinfurter – Ordnungskonfigurationen im Konflikt, S. 82 f.
510 A.a.O. S. 83.
511 A.a.O.
512 Vgl. H. Keller – Die Investitur, S. 60 f.; R. Schieffer – Mediator cleri et plebis.
513 S. Weinfurter – Autorität und Herrschaftsbegründung des Königs um die Jahrtausendwende, S. 48; ders. – Das Demutsritual als Mittel zur Macht; G. Althoff – Die Macht der Rituale, S. 123 f.
514 S. Weinfurter – Ordnungskonfigurationen im Konflikt, 88 f.

bekämpften Ordnungsidee, sondern aus einem konkurrierenden Entwurf, der seinerseits ebenso den Anspruch erhebt, konsistente und damit verbindliche Ordnung zu repräsentieren. Im Falle HEINRICHS III. ist das die Vorstellung, daß Friede nicht auf Befehl beruhen könne, sondern auf Konsens, d.h aber die gleichberechtigte Mitsprache vieler, gegründet werden müsse[515]. Nach der Deutung WEINFURTERS heißt das, »daß mit dem Bußweinen Heinrichs III. und seinem auf Nachahmung Christi begründeten Friedensbefehl eine Ordnung durchgesetzt werden sollte, die anderen Ordnungsvorstellungen dieser Zeit fundamental entgegenlief«[516]. Was entgegenstand, war die in »Rechtsgewohnheit verankerte Herrschaft der größeren und kleineren Machthaber« und deren massiv vertretener Anspruch auf Teilhabe an der Königsherrschaft. Das Interessante an WEINFURTERS Darstellung ist aber, daß es bei den konkurrierenden Ordnungskonfigurationen nicht bloß um eine bipolare Auseinandersetzung zwischen eher zentralistischer und eher polyzentrischer Herrschaftsverteilung geht, sondern daß mit dem sog. ›funktionalen Prinzip‹ eine dritte Position mit im Streit liegt. Politisch ist damit v.a. die Partei der Kirchenreformer im 11. Jahrhundert angesprochen, doch Ausgangspunkt ist ein intellektueller Gesellschaftsentwurf, der nicht bloß historisch vorangehende zwei- und dreigliedrige Schemata der Gesellschaft umdeutet, sondern mit dem ›funktionalen Zugang‹ oder der ›funktionalen Betrachtungsweise‹ ein gänzlich neues und für den Wandel der gesellschaftlich-politischen Ordnung dieser Zeit äußerst relevantes Element ins Spiel bringt: »Vor allem in den Kreisen der Kirche breitete sich die Vorstellung aus, daß die Gesellschaft nach einer gottgewollten Ordnung in drei Stände der Betenden *(oratores),* der Kämpfenden *(bellatores)* und der Arbeitenden *(laboratores)* eingeteilt sei. Nur dann, wenn sich jeder Stand ganz seiner ›Funktion‹ widme und die damit verbundenen Pflichten möglichst vollkommen erfülle, könne die Gesellschaft in einer funktionalen Ordnung gehalten werden«[517]. Bei ADALBERO VON LAON, der Hauptreferenz zum Thema, heißt es dementsprechend programmatisch

> »Dreigeteilt ist das Haus Gottes: die einen beten, die anderen kämpfen, die dritten arbeiten. Es gibt nur diese drei Gruppen, eine weitere Teilung gibt es nicht. Durch die Pflicht des einen Teils können die anderen sich ihren Aufgaben widmen, und durch die jeweiligen Pflichten ist allen gedient.«[518]

---

515 Natürlich widerspricht es auch der Ordnungskonfiguration der Kirchenreformer, die die *vera pax* Christus allein vorbehält. Vgl. a.a.O. S. 92f.

516 A.a.O. S. 91.

517 A.a.O. S. 93.

518 S. Weinfurter – Canossa, S. 75 (»*Triplex ergo Dei domus est, quae creditur una: Nunc orant, allii pug-*

Entworfen wird also eine Dreiständelehre, die im Gegensatz zur älteren Gliederung in »Klerus, Mönche und Laien«[519] nicht die hierarchische Über- und Unterordnung betont, sonderen die drei ›Stände‹ in wechselseitger Abhängigkeit voneinander definiert[520]. Jeder Stand hat seine ›Funktion‹ gerade in bezug auf die beiden anderen. Das Schema wird normativ als eine Art ›Solidaritätsmodell‹ gedeutet[521], die Rechtfertigung der Stände liege in ihrer ›Funktion‹ und die der ständischen Pflicht in deren Erfüllung[522]. Zeitlich wird davon ausgegangen, daß »der ›Durchbruch‹ dieses Schemas in Europa um 1000 und in der ersten Hälfte des 11. Jahrhunderts«[523] erfolgte und »in der Folge […] sich das Deutungsschema rasch durchgesetzt«[524] habe.

Das trifunktionale Gesellschaftsmodell bildet so die Grundlage für die dritte Mitte des 11. Jahrhunderts im Streit liegende Ordnungskonfiguration, doch nimmt Weinfurter eine charakteristische Erweiterung vor, in der der ›Funktionalismus‹ als eigentliche Triebkraft des Wandels erscheint: nicht nur entsteht auf der realen Seite eine ›funktionale Ordnung‹[525], sondern in einer sich ausbreitenden »Funktionalisierung der Gesellschaft«[526] bildet sich auch auf der ideellen Seite ein »funktionale[s] Ordnungsdenken« aus mit »erheblichen Konsequenzen für das gesellschaftliche Regulativsystem«[527]. Die besondere Rolle dieses ›Funktionalis-

---

*nant, aliique laborant. Quae tria sunt simul et scissuram non patiuntur; Unius offitio sic stant operata duorum; Alternis uicibus cunctis solamina praebent*« Adalbero von Laon, Carmen ad Rotbertum Regem, ed. S. Bricout, Fol. 39v, Z. 10–14).

519 O.G. Oexle – Die funktionale Dreiteilung als Deutungsschema der sozialen Wirklichkeit in der ständischen Gesellschaft des Mittelalters, S. 27; vgl. ders. – Tria genera hominum.

520 O.G. Oexle – Die funktionale Dreiteilung der ›Gesellschaft‹ bei Adalbero von Laon, S. 32.

521 Nach Tilman Struve »wurde in dem Schema funktionaler Dreiteilung das Ideal einer auf wechselseitiger Abhängigkeit und Solidarität gegründeten Gesellschaft beschworen« (T. Struve – Pedes rei publicae, S. 19); vgl. G. Duby – Die drei Ordnungen, S. 96 bzw. 108 ff.

522 Zum Zusammenhang von Stand, Funktion und gesellschaftlichem Wandel sowie der Rolle, die das Dreiständemodell dabei spielt, J. Fleckenstein – Rittertum zwischen Krieg und Frieden, S 154 f.

523 O.G. Oexle – Die funktionale Dreiteilung als Deutungsschema der sozialen Wirklichkeit in der ständischen Gesellschaft des Mittelalters, S. 32.

524 O.G. Oexle – Tria genera hominum, S. 495.

525 Ganz im Sinne der beschriebenen Ableitung der ständischen Pflichten aus dem Gebot des harmonischen Zusammenwirkens schreibt Weinfurter: »Nur dann, wenn sich jeder Stand ganz seiner Funktion widme und die damit verbundenen Pflichten möglichst vollkommen erfülle, könne die Gesellschaft *in einer funktionalen Ordnung gehalten werden.*« (S. Weinfurter – Ordnungskonfigurationen im Konflikt, S. 93, Hervorhebung nicht im Original.) Das funktionale Gleichgewicht selbst ist also Grund für die Handlungspflichten und nicht etwa das Gebot, der göttlich gestifteten Ordnung sich zu fügen.

526 A.a.O. S. 94.

527 A.a.O. S. 93.

mus‹ im 11. Jahrhundert wird deutlicher, wenn man sich das Schicksal der drei Ordnungskonfigurationen eine Generation später, unter Heinrich IV., ansieht. Hier läßt sich die Konfliktlage abermals als Konkurrenz von drei Ordnungskonfigurationen verstehen, grob vereinfacht vielleicht dergestalt: (1) Der Kaiser vertritt eine Ordnung, die Momente der theokratischen Legitimierung fortführt[528], aber zugleich mit einer neuen – oder als ungehörig neuartig empfundenen – rein weltlichen Herrschaftszentrierung (insbes. durch den intensivierten Bau von Höhenburgen oder den Rückgriff auf Ministeriale) verbindet. (2) Die theokratische Position wird von einem mit erstarktem Selbstbewußtsein ausgestatteten Papsttum in proto-absolutistischer Manier umformuliert, die als Fernwirkung einen politischen Dezisionismus erzeugt, mit dem Papst als Inhaber nicht nur eines Leitungs- und Gesetzgebungsmonopols, sondern auch eines Interpretationsmonopols (z.B. darüber, was als Häresie gilt). (3) Die dritte Konfiguration, die zeitweise in politische Allianz mit der zweiten tritt, ist wieder die – von den Sachsen artikulierte – Vorstellung konsensualer Herrschaft von König und Adel.

Bezeichnenderweise lassen sich die drei identifizierten, die politische Lage im Investiturstreit kennzeichnenden Ordnungskonfigurationen nicht ohne weiteres den dreien der Herrschaftskrise unter Heinrich III. zuordnen. Am ehesten herrscht Kontinuität noch hinsichtlich der konsensualen Ordnungskonfiguration. Der sächsische Adel fordert in der Auseinandersetzung mit Heinrich IV. dieselbe rechtsgewohnheitlich verankerte Teilhabe an der Königsherrschaft ein, die ehedem schon unter Heinrich III. mit dessen ›gratialem Herrschaftsverständnis‹ nicht zu vereinbaren war. Schwieriger ist es um die Weiterentwicklung der theokratischen Ordnungsvorstellung bestellt, denn das theokratische Moment, d.h. Herrschaftsanspruch abgeleitet aus der Unmittelbarkeit göttlicher Amtseinsetzung, kennzeichnet sowohl die Position Heinrichs IV. als auch die seiner päpstlichen Gegner. Das funktionale Prinzip wiederum ist in allen drei widerstreitenden Positionen strukturverändernd wirksam.

Dafür, auch von einer Kontinuität der funktionalen Ordnungskonfiguration auszugehen, spricht der von Stefan Weinfurter angesprochene Zusammenhang von Funktionalismus und Kirchenreform: »Im funktionalen Gesellschaftsmodell liegen aber auch die Ursachen für die Forderungen der Kirchenreform. Von den Priestern wurde eine tadellose Lebensführung gefordert, um ihrer ›Funktion‹ möglichst gerecht werden zu können«[529]. Die beispiellose Straffung der innerkirch-

---

528 T. Struve – Die Stellung des Königtums in der politischen Theorie der Salierzeit, S. 228 ff.

529 S. Weinfurter – Canossa, S. 76. Zur Kontinuität vgl. auch ders. – Ordnungskonfigurationen im Konflikt, S. 95.

lichen Organisation, als deren zentrale Elemente die Durchsetzung des Zölibats und der Kampf gegen die – inhaltlich erheblich erweiterte und zum politischen Kampfbegriff mutierte – Simonie gelten können, auf diözesaner[530] wie auf gesamtkirchlicher Ebene, ist ebenso Folge dieses Funktionalismus[531] wie die Reform oder, treffender, Kreation des kirchlichen Spitzenamtes: »Die Reformer […] sahen im Papst weniger den römischen Bischof als vielmehr den Leiter der gesamten Kirche. Das römische Bischofsamt wurde mithin von der Legitimierung und der funktionalen Dimension her umgestaltet«[532]. Die funktionale Ordnungskonfiguration inkorporiert gewissermaßen mit dieser ›Neudefinition des römischen Bischofs‹ das theokratische Prinzip und grenzt sich damit gegen die ›alte‹ Ordnungsidee der Kirche ab. Der entscheidende innovative Schritt wurde im Episkopat, zumal im deutschen, nicht (sofort) mitvollzugen, »vielmehr wird deutlich, daß zwei Prinzipien der ›Kirchenordnung‹ aufeinanderstießen, das episkopalische einerseits und das monarchisch-papalistische andererseits. Die Bischöfe sahen sich als korporatives Kollegium […]. Der Papst aber entschied aus einsamer Höhe herab«[533].

Das funktionale Prinzip ist gemäß der Analyse Weinfurters aber auch auf weltlicher Seite wirksam und verschärft gerade den Konflikt zwischen König und Adel. Die ›Funktionalisierung‹ äußert sich auf königlicher Seite im Streben nach Intensivierung seiner Herrschaft unter Rückgriff auf die aufstrebende Schicht der Ministerialen. Die Verdichtung der inneren Herrschaftsstrukturen, der damit verbundene, in den Höhenburgen nicht nur symbolisch zum Ausdruck kommende, Distanzgewinn des Königs zur Bevölkerung[534] trafen auf den erbitterten Widerstand des Adels, der bis hin zum Versuch der Absetzung des Königs und der Einsetzung von Gegenkönigen seine Rechtsgewohnheiten und althergebrachten ›Spielregeln‹ zu verteidigen trachtete[535]. Dieselbe funktionelle Technik wendet – soweit es um

530 S. Weinfurter – Canossa, S. 131 f. »Auch in der Kirche ging die Entwicklung hin zur Arrondierung und klareren Abgrenzung ihrer Funktionen und Rechte, zur intensiveren seelsorgerischen und jurisdiktionellen Durchdringung der Diözesen, zur Verdichtung des Pfarreinetzes und zur Errichtung von Dekanaten und Archidiakonaten, zur strafferen Organisation also […]« S. Weinfurter – Herrschaftslegitimation und Königsautorität im Wandel, S. 87.

531 »Das funktionale Ordnungsdenken führte vor allem dazu, daß sich die Amtsträger der Kirche stärker als zuvor auf ihr eigenes Ordnungssystem besannen und die Verwaltung der göttlichen Gesetze zunehmend als ihr Monopol betrachteten.« S. Weinfurter – Ordnungskonfigurationen im Konflikt, S. 94.

532 S. Weinfurter – Canossa, S. 88.

533 A.a.O. S. 111.

534 S. Weinfurter – Funktionalisierung und Distanz, S. 28; ders. – Canossa, S. 59 ff.

535 A.a.O. S. 163 f.; die Position des Adels weist in dieser Bereitschaft zur Verteidigung seiner Rechte Kontinuität auf; vgl. S. Weinfurter – Ordnungskonfigurationen im Konflikt, S. 96 ff. (für die Krise unter Heinrich III.), bzw. ders. – Autorität und Herrschaftsbegründung des Königs um die Jahrtausend-

dessen innere Herrschaftsverfestigung geht – aber auch der Adel an, ebenfalls durch Rückgriff auf die neue »Funktionselite« der Ministerialen: »Ihre Funktion lautete: Verwaltung und Verteidigung der neuen Adels- und Bischofsherrschaften«[536]. Die innere Organisation unterliegt also überall dem gleichen Rationalisierungsprozeß und führt auf der Ebene des Adels und der Bischöfe zur Ausbildung der Landesherrschaften.

Der sich ausbreitende ›Funktionalismus‹ ist für Stefan Weinfurter auch der Grund für das Scheitern der alten königlichen Ordnungskonfiguration, die man als politisch-christologische bezeichnen könnte und für die Heinrich IV. am Ende seines Lebens im Moment des Herrschaftsübergangs auf seinen Sohn Heinrich V., den er nur als Verrat empfinden konnte, als einsame symbolische Figur steht: »Für eine Deifizierung des Königs gab es keinen funktionalen Bedarf mehr. […] Die höchste Wahrheit, die Wahrheit Gottes, wurde dabei nicht mehr vom Monarchen verwaltet, sondern vom Papst. Auch von dieser Seite erfolgte konsequenterweise die Laifizierung des Herrschers. […] Die salisch-monarchische Idee war […] nicht mehr zu retten. Sie war sozusagen funktionslos geworden«[537]. Der Zukunft gehörte die funktionale Trennung von *regnum* und *sacerdotium*, wie sie im *Wormser Konkordat* gleichsam im Verfassungsrang festgelegt wurde. Die neue, um ein Wesentliches weltlicher gewordene Herrschaft steht schon im Zeichen des gesteigerten Selbstbewußtseins einer neuen ›Fürstenverantwortung‹ für das Reich[538]. Konsequenz daraus war die Stärkung des Wahlgedankens bei der Nachfolge im Königsamt.

Für die Konzeption der ›Ordnungskonfigurationen‹ sind aus den geschilderten Zusammenhängen drei Schlüsse zu ziehen: (1) Es sind nicht die Ordnungskonfigurationen selbst, die im Streit liegen, sondern politische Einheiten, die sich an diesen nicht zu harmonisierenden Ordnungen orientieren und legitimieren. (2) Der ›Funk-

---

wende, S. 60 (bzgl. der Konfliktlage unter Heinrich II.): »Heinrich II. sah sich dazu berechtigt, ja noch mehr dazu verpflichtet, zur Erfüllung seines Auftrages tradierte ›Spielregeln‹ im Umgang mit den Großen seines Reiches zu durchbrechen. […] Der hohe Adel verteidigte seine ›Spielregeln‹.« Zum ›Spielregel‹-Begriff G. Althoff – Königsherrschaft und Konfliktbewältigung im 10. und 11. Jahrhundert; ders. – Ungeschriebene Gesetze; ders. Die Kultur der Zeichen und Symbole; ders. – Die Macht der Rituale.

536 S. Weinfurter – Canossa, S. 73.

537 S. Weinfurter – Zur ›Funktion‹ des ottonischen und salischen Königtums, S. 360f.

538 Die Rekonstruktion dieses ›revolutionären‹ Vorgangs aus der Konkurrenz von Ordnungskonfigurationen ermöglicht es Weinfurter auch, aus den Zeitverhältnissen heraus zu einer anderen, milderen Beurteilung Heinrichs V. zu gelangen als die traditionelle; vgl. S. Weinfurter – Reformidee und Königtum im spätsalischen Reich; ders. – Canossa, S. 191ff.; ders. – Funktionalisierung und Distanz, S. 35ff.; ders. – Zur ›Funktion‹ des ottonischen und salischen Königtums, S. 360f.

tionalismus‹ ist selbst keine Ordnungskonfiguration, sondern veränderndes Element in allen anderern Ordnungskonfigurationen – das liegt daran, daß er, wie noch zu zeigen sein wird, eine zeitfremde Komponente der distanzierten Deutung der historischen Ordnungen ist, ein Reflex eines zur Anwendung kommenden abstrakten Werkzeugs. (3) Ordnungskonfigurationen eignet eine gewisse Unschärfe; sie sind schwerer zu identifizieren als die politischen Gruppen, die sich jeweils auf sie berufen; noch schwieriger ist es, sie in ihrer zeitübergreifenden Identität zu fassen, also zwischen Wandel, Entstehen und Untergang dieser Konfigurationen zu unterscheiden.

Um etwaigen Irritationen zu begegnen, die diese Schlüsse hervorrufen könnten, sei – insbesondere was den ›Funktionalismus‹ angeht – etwas ausgeholt: Der Funktionalismus bei Stefan Weinfurter hat seinen Ausgangspunkt im schon mehrfach erwähnten, ihm zufolge »geradezu als revolutionär zu bezeichnen[den]«[539] Schema der funktionalen Dreigliederung der Gesellschaft. Unter allen Variationen mittelalterlicher Ständereflexionen und Sozialmetaphern gilt es als *der* Prototyp eines ›funktionalen‹ Schemas: »Es gliederte die Gesellschaft nicht mehr nach biblischen und heilsgeschichtlichen Gesichtspunkten, sondern nach den irdischen Funktionen. Demnach gab es eine Gruppe derer, die beten, nämlich die *oratores*, also den Klerus, ferner die Gruppe derer, die kämpfen, nämlich die *pugnatores*, also die Krieger, die später Ritter genannt wurden; und schließlich [...] die Gruppe derer, die arbeiten, die *laboratores* oder *agricultores*, die Arbeiter oder Bauern«[540]. Bei keiner der zuvor begegnenden Zweigliederungen (z.B. in Klerus und Laien oder in *potentes* und *pauperes*), die wegen des stets betonten Gedankens des Zusammenwirkens ebenfalls einer ›funktionalen‹ Deutung offenstehen[541], noch in den alternativen Dreiteilungen (z.B. die ›*tria genera hominum*‹-Gliederung in Mönche, Kleriker und Laien[542]) wird so sehr das Moment des Funktionszusammenhanges als ent-

539 S. Weinfurter – Canossa, S. 74.

540 A.a.O. S. 74f.

541 Ein Beispiel dafür ist das Zusammenspiel der *uterque potestates*, »mit der Papst Gelasius I. (492–496) das Zusammenwirken von bischöflicher (päpstlicher) und königlicher (kaiserlicher) Gewalt beschrieben hat: durch göttliche Anordnung geschaffen, bedürfen sie einander wechselseitig und müssen doch auf die Unterscheidung ihrer Ämter *(officia)* nach spezifischer Funktion *(actionibus propriis)* und unterschiedlicher Würde *(dignitatibus distinctis)* achten; nur so wird das den beiden *ordines* Aufgegebene beachtet und wirklich erfüllt.« O.G. Oexle – Tria genera hominum, S. 495; vgl. ders. – Die funktionale Dreiteilung als Deutungsschema der sozialen Wirklichkeit in der ständischen Gesellschaft des Mittelalters, S. 33.

542 O.G. Oexle – Tria genera hominum. Ein Beispiel bietet Hrabanus Maurus, De institutione clericorum, ed. D. Zimpel, S. 130: »*Sunt tamen tres ordines in ecclesia conversantium, id est laicorum, monachorum et clericorum.*« (»Es gibt drei Stände der in der Kirche Lebenden, das ist der der Laien, der der Mönche und der der Kleriker.« A.a.O. S. 131).

scheidendes Charakteristikum betont, wie hier[543]. Als prägnantester Ausdruck der Geburtsstunde des im angelsächsischen Raum und am gegenüberliegenden Kontinent um 1000 entwickelten sozialen Gliederungsschemas[544] gilt allgemein ein zentraler Abschnitt im *Carmen ad Rotbertum regem* von Adalbero von Laon[545]. Untersucht man diesen Schlüsseltext nach spezifisch ›funktionalen‹ Überlegungen, so fällt auf, daß, abgesehen von dem vielleicht weniger relevanten Umstand, daß *functio* als Begriff sich darin nicht findet, der traditionelle Argumentationsrahmen bei Adalbero nicht eigentlich verlassen scheint. Dabei ist es nicht nur der ausdrückliche Rückgriff auf anerkannte Autoritäten (Augustinus, Dionysius Areopagita, Gregor d. Gr.), sondern die Deduktion selbst, die das Ergebnis der Dreiteilung aus einer Überlagerung von Zweigliederungen hervorgehen läßt, die jeweils keine ›funktionalen‹ Züge aufweisen. Auch scheint die dreiteilige Struktur der ständischen Ordnung in der abgeleiteten Gestalt nicht uninspiriert von trinitarischer Spekulation. Nach dem einleitenden, mit gezielten Spitzen gegen die Cluniazenser versehenen Entwurf einer ›verkehrten Welt‹[546] entwickelt Adalbero in seinem in Dialogform gehaltenen »politischen Gedicht«[547] seine Vorstellung einer richtigen Ordnung der Welt, in der im Gegensatz zum abschreckenden Beispiel der kämpfenden Mönche die Standesgrenzen nicht überschritten werden dürfen.

Die erste maßgebliche Unterscheidung ist die zwischen *lex divina* und *lex humana*[548]. Der *status ecclesiae* – die Kirche ist hier Diesseits und Jenseits übergreifend

543 Eine Ausnahme bildet Tilman Struve, der auch andere Differenzierungen, z.B. die innerhalb der *Ecclesia* zwischen *regnum* und *sacerdotium,* als »›funktionale Konzeption‹ des Staates behandelt (ders. – Die Entwicklung der organologischen Staatsauffassung im Mittelalter, S. 95).

544 G. Duby – Die drei Ordnungen; O.G. Oexle – Die funktionale Dreiteilung der ›Gesellschaft‹ bei Adalbero von Laon; ders. – Tria genera hominum, S. 494 ff.; ders. – Deutungsschemata der sozialen Wirklichkeit im frühen und hohen Mittelalter, S. 89 ff.; ders. – Die funktionale Dreiteilung als Deutungsschema der sozialen Wirklichkeit in der ständischen Gesellschaft des Mittelalters, S. 35 ff.; T. Struve – Pedes rei publicae, S. 11 ff.

545 »Diese Formulierung des Themas der funktionalen Dreiteilung verdient klassisch genannt zu werden.« O.G. Oexle – Die funktionale Dreiteilung der ›Gesellschaft‹ bei Adalbero von Laon, S. 24. Wegen der besonderen Prägnanz Adalberos und weil die anderen Referenzen, darunter ein Text Abbos von Fleury, der, etwas älter, »als eine Annäherungsform an das Motiv der dreigeteilten Gesellschaft angesehen werden [kann]« (J. Le Goff – Bemerkungen zur dreigeteilten Gesellschaft …, S. 409), bzw. Adalbero zeitlich näher stehende Texte Gerhards von Cambrai, von Stefan Weinfurter nicht mit gleicher Intensität angesprochen werden, sei die Betrachtung im folgenden auf Adalbero konzentriert.

546 C. Erdmann – Die Entstehung des Kreuzzugsgedankens, S. 341 ff.

547 G. Duby – Die drei Ordnungen, S. 73.

548 Adalbero von Laon, Carmen ad Rotbertum Regem, ed. S. Bricout, Fol. 38r Z. 17 bzw. Fol. 39r Z. 11. Vgl. G. Duby – Die drei Ordnungen, S. 81 f.; O.G. Oexle – Die funktionale Dreiteilung bei Adalbero

zu nehmen – ist nur dann von Frieden geprägt, wenn diese beiden Gesetze erfüllt werden[549]. Der Gegensatz stellt nicht dem göttlichen Gesetz ein von Menschen gemachtes Gesetz gegenüber, sondern beide sind göttlich gesetztes Recht, und der Unterschied betrifft lediglich den Anwendungsbereich: ersteres gilt im Jenseits und auf Erden für eine bestimmte Gruppe, den Klerus, darin eingeschlossen die Priester *(sacerdotes);* letzteres regelt Leben und Pflichten der Laien. Die beiden *leges* unterscheiden sich in ihrer Wirkungsweise: die *lex divina* vereint, schafft *eine conditio*, das ist ein verbindender Status der Gleichheit[550]; die *lex humana* hingegen trennt, und zwar in zwei *conditiones*: Herren und Knechte. Die der *lex divina* Unterworfenen kennen zwar, wie wir es von den Engeln her kennen, Unterschiede in Rang und Natur[551], aber nicht in der Weise, wie Herren Knechten übergeordnet sind, denn sie haben alle zusammen nur den einen Herrn. Die Kleriker werden bei Adalbero geradezu definiert als Nicht-Sklaven (»*Lex aeterna* […] *iudicat expertos seruilis conditionibus*«[552]) – sie sind das entfernteste Gegenstück zu den irdischen *servi*, weil sie *servi* des Einen, Höchsten, sind[553]: »Da sie halbwegs des Himmels sind, partizipieren sie in der Tat schon an der Natur der Engel. Sie sind die ›Sklaven‹ […] eines einzigen Herrn, welcher Gott ist«[554]. Ihre Freiheit im Irdischen ist durch diese *conditio* festgelegt, es ist vor allem eine ›Freiheit von …‹, Enthaltsamkeit von Frauen wie von körperlicher, knechtischer Arbeit, ihre Reinheit verlangt es, daß sie sich nicht, zumal nicht durch Bodenbearbeitung und Tierhaltung, ›die Finger schmutzig machen‹. Die Enthaltungsvorschriften werden ziemlich ausführlich abgehandelt[555]; dreimal wird die Bestimmung zur Reinheit beschworen[556]. In alledem ist wenig

von Laon, S. 25; T. Struve – Pedes rei publicae, S. 15; B. Töpfer – Urzustand und Sündenfall in der mittelalterlichen Gesellschafts- und Staatstheorie, S. 118; H.-W. Goetz – Les ›ordines‹ dans la théorie médiévale de la société, S. 13.

549 Adalbero, a.a.O. Fol. 38r Z. 14–16.

550 »*Lex diuina suis partes non diuidit ullas;*
*Forma eos omnes aequali conditione*«,
a.a.O. Fol. 38r Z. 17–18.

551 »*Quamuis dissimiles pariat natura uel ordo;*«
a.a.O. Fol. 38r Z. 19.

552 A.a.O. Fol. 38v Z. 10–11; vgl. H.-W. Goetz – Les ›ordines‹ dans la théorie médiévale de la société, S. 15.

553 »*Hos Deus asciuit seruos sibi; iudicat ipse;*«
Adalbero, a.a.O. Fol. 38v Z. 12.

554 G. Duby, a.a.O. S. 81. »Die Priester gehörten zur selben Ordnung wie die Engel und besäßen also alles, was jene hätten, auch, wenigstens soweit es für Menschen möglich sei.« G. Tellenbach – Libertas, S. 61 f.

555 Adalbero, a.a.O. Fol. 38v Z. 1–7.

556 »*Sed mentes purgare suas et corpora debent;*« Adalbero, a.a.O. Fol. 38v Z. 8; »*expertos seruilis conditioni-*

›Funktionales‹ zu finden: der Stand ist von Gott geschaffen, hat definierte Eigenschaften, die Pflichten *(officia)* ergeben sich direkt aus der Unterstellung unter den himmlischen Herrscher und aus dessen Befehlen *(»iussit«*[557]*).* Das Beten *(orare)* erscheint in diesem auf Christus als himmlischem *rex* ausgerichteten Zusammenhang als *eine* zugewiesene Aufgabe neben anderen; die Priester, heißt es, sollen für die eigenen Sünden beten und für die des Volkes[558]. Eine funktionale Klammer, gleichsam eine Ausrichtung des gesamten Argumentationsabschnittes auf eine Gruppe, die durch das Beten definiert wäre, ist dem Text nicht zu entnehmen[559]. Im Zentrum steht vielmehr das Anvertrauen des heiligen Altarsakraments an die *sacerdotes*[560]. Auf diese Stelle folgt auch die Verheißung als Lohn für ihre besondere Knechtsstellung, im Himmel die ersten Plätze zu besetzen[561]. Bezugnahme auf die anderen Stände ist in der Verantwortung für die Glaubenswahrung und

*bus«* a.a.O. Fol. 38v Z. 11; *»castos et sobrios de caelis clamitat esse.«* A.a.O. Fol. 38v Z. 13. »In dem Maße […], in dem sie das göttliche Gesetz respektieren, das ihnen zur Pflicht macht, wie Engel zu leben, in dem Maße, in dem es ihnen gelingt, der Unreinheit zu entkommen, befreien sich die Diener (oder Knechte) Gottes von dem Unterschied der Stellungen. Folglich bleibt der tiefe Bruch nur unter den Laien bestehen.« G. Duby – Die drei Ordnungen, S. 95.

557 Adalbero, a.a.O. Fol. 38v Z. 21.

558 *»Pro populi semperque suis orare ruinis«*,
a.a.O. Fol. 39r Z. 6.

559 Die Klammer besteht in der Zusammenfassung aller, die ›der *lex divina* unterworfen sind‹. Adalbero vermeidet weitgehend jedes Substantiv für diese Gruppe, nur einmal (bei der Eucharistie) spricht er vom *»sacerdos«* (a.a.O. Fol. 38v Z. 21), und am Ende des Unterabschnitts über die Wirkungen der *lex divina* sagt er *»Pauca super clero dixi, super ordine pauca«* (a.a.O. Fol. 39r Z. 7), womit undeutlich bleiben muß, ob das Gesagte nun wenig über den Klerus als Teilmenge der unter der *lex divina* Stehenden enthält, zu denen noch andere Gruppen gehören, z.B. die nicht erwähnten *monachi*, oder ob mit dem *clerus* alle in diese Gruppe Gehörenden bezeichnet sind, über deren *ordo* er mehr hätte sagen können. Insofern ist das Urteil »Die ›lex divina‹ macht keine Unterschiede innerhalb der Gruppe all derjenigen, deren Funktion das Beten ist.« (D. Fraesdorff – Beten für die Gesellschaft, S. 22) ein wenig vorschnell; es legt Adalbero einen Funktionalismus in den Mund, der so im Text nicht steht. Die Anknüpfung an die ›*oratores*-Theorie‹, das ist die Zusammenfassung von Klerikern und Mönchen in eine durch das Gebet gekennzeichnete Gruppe, die nach Fraesdorffs Studien seit dem 8. Jahrhundert zu finden ist (a.a.O. S. 14), erfolgt bei Adalbero erst in der zusammenfassenden Darstellung nach der Ableitung der Stände.

560 *»Corporis ille sui sacramentum sanquinis atque*
*Iussit quo solus tractaret rite sacerdos:*
*Maxima commisit, quos se tractare rogauit.«*
A.a.O. Fol. 38v Z. 20–Fol 39r Z. 1.

561 *»Uoce Dei quod promissum non esse negatum*
*Credimus et scimus; ni quos sua crimina pellunt,*
*In caelis primas debent conscendere sedes.«*
A.a.O. Fol. 39r Z. 2–4.

die Taufe zu finden, in der *quasi*-ärztlichen Tätigkeit der Predigt und in der Überwachungsaufgabe für alle Laien in Glaubensfragen. Auch diese letztere ›Funktion‹ ist aber eine Folge der strukturellen und ausnahmslosen Überordnung des Klerus: »*Omne genus hominum precepto subdidit illis; princeps excipitur nullus, cum dicitur: omne*«[562]. Alle, auch der König – nicht zu vergessen der Adressat der Belehrung durch ADALBERO –, sind dem *ordo* des Klerus untergeordnet.

Im Gegensatz zur *lex divina*, die auf Einheit zielt, bedingt die *lex humana* durch ihre Trennungseigenschaft die zweite wesentliche Dualität, die zwischen *nobilis* und *servus*, zwischen Befehl und Gehorsam[563]. Auch hier erfolgt die Zuordnung der Aufgaben erst nach der Definition der Stände *(conditiones)*. Die Adeligen sind die »*bellatores, tutores aecclesiarum*«[564] – übrigens ist das die einzige Bezugnahme auf die drei Funktionen (Beten, Kämpfen, Arbeiten) in Substantivform im Gedicht; weder von *oratores*, noch von *laboratores* ist ausdrücklich die Rede[565] – ihre Pflichten ergeben sich aus ihrem Stand ebenso wie bei den *servi*. Das Kämpfen ist ihre Natur, und daß der Kampf primär dem Schutz der Kirche gilt, ist Folge der Definition des Standes innerhalb der alles umgreifenden *res fidei*. Abgesehen vom Kirchenschutz, der natürlich implizit die Verteidigung der *sacerdotes* mitumfaßt, ist die Bezugnahme auf die anderen Stände dadurch gegeben, daß die zugewiesene Aufgabe, zu beschützen, *alle* betrifft (»*defendunt vulgi maiores atque minores Cunctos, et sese parili more tuentur.*«[566]). Dieser Bezug ist jedoch nicht Ausgangspunkt, sondern Ergebnis der Ableitung.

Auch bei den Ausführungen zum dritten ›Stand‹, den *servi*, scheint die traditionelle Argumentation nicht verlassen, insbesondere nicht durch ›funktionale‹ Betrachtung erweitert. Der enge Zusammenhang von *dolor*, *labor* und *lacrimae* paßt durchaus in das überkommene Muster von Knechtschaft, Arbeit und Tod als Folge des Sündenfalls[567], auch wenn der Zusammenhang nicht eigens angesprochen wird.

---

562 A.a.O. Fol. 38v Z. 14–15.

563 »*Lex humana duas indicit conditiones:*
*Nobilis et seruus simili non lege tenentur.*«
A.a.O. Fol. 389r Z. 11–12. Zum Verhältnis von *domini* und *servi* und insbes. zur Gehorsamspflicht letzterer vgl. B. Töpfer – Urzustand und Sündenfall in der mittelalterlichen Gesellschafts- und Staatstheorie, S. 111 f.

564 Adalbero, a.a.O. Fol. 39r Z. 17.

565 Darauf weist schon Georges Duby hin: »In dem Gedicht taucht das Wort *laborator* ebensowenig auf wie in Gerhards [von Cambrai] Reden. Adalbero verwendet nicht dieses eindeutig funktionale konnotative Substantiv, sondern *servus*, einen Begriff, der von Knechtschaft, von Unterwerfung spricht.« (G. Duby – Die drei Ordnungen, S. 85). Vgl. B. Töpfer, a.a.O. S. 119.

566 Adalbero, a.a.O. Fol. 39r Z. 18–19.

567 Nach dieser Auffassung gilt die Existenz obrigkeitlicher Gewalt »ebenso wie das Aufkommen der Sklaverei als Ergebnis der göttlichen Vorsehung, denn beide Einrichtungen tragen mit ihren Zwängen zur

In der eindringlichen und dabei nüchtern bleibenden Darstellung der Mühen und Plagen des Sklavenstandes[568] liegt keine Rechtfertigung (und impizit Aufwertung) der Arbeit und des mit ihr verbundenen Schmerzes als eines »lebensnotwendigen Dienstes«[569]. Der Sklavenstand beruht auf direkter Anordnung Gottes, und den *servi* bleibt nur zu tun, was definitionsgemäß knechtisch ist – hier kann man sich die lange Liste der Tätigkeiten eingesetzt denken, derer sich die *sacerdotes* zu enthalten haben. Die wechselseitige Beziehung der Stände aufeinander wird abermals erst im Ableitungsergebnis sichtbar[570]: die knechtischen Tätigkeiten versorgen alle, insofern sind sie unentbehrlich; was aber ein Sklave ist, welche Natur ihm zukommt, steht doch unabhängig von solchen Beziehungen schon fest. Originär scheint einzig das – mehr dialektisch als funktional zu nennende[571] – Fortspinnen des Gedankens, daß die Herren, da sie der Sklaven zwingend bedürfen, im selben Abhängigkeitsverhältnis zu diesen stehen, wie jene zu ihnen: »Der König und die Bischöfe daher Sklaven zu dienen scheinen; vom Sklaven wird der Herr genährt, den er doch zu nähren wähnt«[572]. Aber auch diese Reflexionen sind für den Ableitungsgang nicht bestimmend, sie sind an den Schluß gesetzt.

Nicht die Aufgaben *(officia)* oder ihre wechselseitige Voraussetzung definieren also die Stände, sondern nachdem die Stände durch göttliches Gebot und göttliche

---

Zügelung der sündigen Menschen bei.« (B. Töpfer – Urzustand und Sündenfall …, S. 69; vgl. W. Stürner – Peccatum und Potestas, S. 97.) Knechtschaft und Arbeit wiederum haben einen natürlichen Zusammenhang oder, wie Rather von Verona im 10. Jh. es ausdrückt: »*labor vero magis servituti quam liberati videtur congruere*« (Rather von Verona, Praeloquia I, 11, PL 136, p. 172 B; vgl. T. Struve – Pedes rei publicae, S. 5 f.). Insofern ist nicht zu sehen, daß Adalbero sich mit seiner Passage, wie Oexle meint, »gegen jene von den Kirchenvätern, vor allem von Gregor dem Großen und Isidor von Sevilla begründete Lehre, sie die Ungleichheit *(diversitas)* unter den Menschen als eine Folge der Sünde erkennen möchte« (ders. – Deutungsschema der sozialen Wirklichkeit …, S. 103), wendet.

568 »*Hoc genus afflictum nil possidet absque dolore* [Var. *labore*].
*Quis abaci signis numerando retexere possit*
*Seruorum studium, cursus, tantosque labores?*
*Tesaurus, uestes, cunctis sunt pascua serui;*«
Adalbero, a.a.O. Fol. 39v Z. 1–4 (»Dieses gebeugte Geschlecht von Menschen hat nichts als seine Arbeit. Wer kann ihre Pflichten beschreiben, ihre Mühsal, ihren Einsatz, ihre überaus schweren Arbeiten? Für alle müssen sie die Kleidung und die Verpflegung schaffen«, S. Weinfurter – Canossa, S. 75).

569 O.G. Oexle, a.a.O.

570 »Die körperliche Arbeit der *servi* erscheint als ›Dienst‹, im funktionalen Bezug zum Wirken der anderen.« O.G. Oexle – Die funktionale Dreiteilung bei Adalbero von Laon, S. 30.

571 O.G. Oexle – Deutungsschemata der sozialen Wirklichkeit im frühen und hohen Mittelalter, S. 103.

572 »*Rex et pontifices seruis seruire uidentur;*
*Pascitur a seruo dominus quem pascere sperat.*«
Adalbero, a.a.O. Fol. 39v Z. 7 f. (eigene Übersetzung).

Gnade gesetzt sind, werden ihnen Tätigkeiten zugewiesen. Die Mühe des Nachweises, daß die Welt von Anfang an durch die Vermittlung von Moses (*lex ecclesiae veteris*[573]) und später Christus (*nova lex*[574]) unter göttlich gestifteten Gesetzen stand, mündet als Folgewirkung dieser Gesetze und zugleich als Ergebnis der Überlagerung der beiden Bipolaritäten zuletzt in das bekannte Dreierschema: Betont wird die Einheit des Hauses Gottes *(domus Dei)* bzw. der *res fidei* (als Gegenstück zur *res publica*) in drei Ordnungen: »*Res fidei simplex, status est sed in ordine triplex.* […] *Triplex* [Var. *Tripertita*] *ergo Dei domus est, quae creditur una*«[575]. Das *ergo* unterstreicht den zusammenfassenden Charakter der in ihrer Weise vollkommenen, als Spiegel der Dreieinigkeit gestalteten Ordnung der Kirche[576]. Natürlich ist diese in sich gegliederte Einheit im Ergebnis funktional deutbar[577], zumal der unmittelbar folgende Vers (»*Nunc orant, alii pugnant, aliique laborant*«) eindeutig auf Tätigkeiten verweist und die drei darauffolgenden (»*Quae tria sunt simul et scissuram non patiuntur; Unius offitio sic stant operata duorum; Alternis uicibus cunctis solamina praebent.*«[578]) noch einmal die unaufhebbare Einheit und das wechselweise Zusammenspiel dieser Tätigkeiten ausdrücken. Diese »collaboration étroite«[579] ist es, die in dieser Interpretation das Etikett ›funktional‹ rechtfertigt oder doch in den Augen des Wissenschaftlers, der einige Jahrhunderte Gewöhnung an funktionale Techniken und Betrachtungsweisen im Rücken weiß, zu rechtfertigen scheint.

Neu ist der Gedanke des harmonischen Zusammenwirkens in der Ungleichheit nicht, er weist »zurück zu den älteren, von Augustinus, Gelasius I., Gregor d. Gr. und Isidor von Sevilla her immer wieder neu gedachten Vorstellung von Unterschiedenheit und Zusammenwirken zweier *potestates*, *officia*, *ordines* oder *personae*,

---

573 A.a.O. Fol. 38r Z. 5.

574 A.a.O. Fol. 38r Z.11.

575 A.a.O. Fol. 39r Z. 10 bzw. a.a.O. Fol. 39v Z. 10. »Die Dreiheit entspringt einer Verbindung von Ungleichheiten, die durch das Zusammenwirken von *ordo* – es gibt die Priester und die anderen – und *natura* – es gibt die Adligen und die Hörigen – geschaffen wird.« G. Duby – Die drei Ordnungen, S. 95; in der Deutung Dubys ist »das Gegensatzpaar *ordo* – *natura* ein Grundpfeiler in Adalberos System« (a.a.O. S. 113).

576 In der funktionalen Deutung des Argumentationsganges tritt dieser Begründungsakzent eher in den Hintergrund: »Das Schema der funktionalen Dreiteilung entbehrt bei Adalbero freilich nicht einer theologischen Begründung. Die Entsprechung von *ordo supernus* und *ordo terrenus* sieht er aber nicht in der parallelen Entfaltung zweier Hierarchien […], sondern er gibt sie in einer dem Schema angepaßten Anspielung auf Formeln der Trinitätstheologie.« O.G. Oexle – Die funktionale Dreiteilung bei Adalbero von Laon, S. 31.

577 H.-W. Goetz – Les ›ordines‹ dans la théorie médiévale de la société, S. 12.

578 Adalbero, a.a.O. Fol. 39v Z. 11–14.

579 H.-W. Goetz, a.a.O. S. 16.

in die man im früheren Mittelalter Auffassungen über politische und soziale Ordnung kleidete«[580]. Aber eben nur zwei[581]. Die eigentliche Schwelle zum ›Funktionalismus‹ erscheint erst überschritten mit dem Übergang zur Dreizahl, d.h. mit der Verknüpfung der Idee des wechselseitigen Dienstes mit den spezialisierten Aufgaben dreier Stände[582]. Vor allem Georges Dubys *Die drei Ordnungen* suggeriert hier eine sozialteleologische Notwendigkeit der Ausbildung eines ›Trifunktionalismus‹. Entscheidend ist also die Wechselseitigkeit und Rückbezüglichkeit im Sinne von gegenseitigen Ermöglichungsbedingungen der auf die Stände verteilten Aufgaben, sie rechtfertigt die Qualifikation ständischer Reflexion als eine »wirklich ›funktionale‹ Auffassung der Gesellschaft, weil die drei Stände nicht nur durch spezifische Aufgaben und Pflichten, sondern auch durch deren Wechselseitigkeit definiert sind«[583]. Für diese an der Tätigkeit orientierte Wechselseitigkeit gibt es in der Tat in der Zeit um 1000 eindringliche Schilderungen, eindringlichere vielleicht

580 O.G. Oexle – Die funktionale Dreiteilung bei Adalbero von Laon, S. 35f.

581 Der Übergang von der Zwei- zur Dreizahl ist für die gesamte gängige Deutung der geschichtlichen Entwicklung in der nachkarolingischen Zeit von nicht zu überschätzender Bedeutung: »Noch aber traten die *laboratores* nicht neben die *oratores* und *bellatores*. Daß dies schließlich auf dem Kontinent seit der Wende zum 11. Jahrhundert geschah, ist eine der Folgen der Auflösung des Karlsreiches durch Teilungsbrauch und äußeren Druck der normannischen, moslemischen und ungarischen Beutezüge […]« A.a.O. S. 38.

582 Insofern fehlt es dem älteren Dreierschema der Gliederung in Kleriker, Mönche und Laien am ›funktionalen‹ Merkmal der Wechselseitigkeit; die Stände sind hier nach ihrem Grad der Selbstvervollkommnung geordnet. Es findet sich aber durchaus auch beim älteren Dreierschema der Gedanke formuliert, daß *ein* Stand seinen Dienst für einen *anderen* verrichtet, z.B. im schon zitierten Werk *De institutione clericorum* des Hrabanus Maurus. Dort heißt es zum *ordo clericorum*: »*Iste autem iure praeponitur in ecclesia, quia in sanctis deservit et sacramenta populis dispensat. Sicut enim in veteri testamento tribus Levi prae ceteris tribubus peculiariter a domino electa est ad serviendum illi per diversa officia in tabernaculo, ita est clericus ordo specialiter modo electus est ad ministrandum deo in vero dei tabernaculo, quod est ecclesia praesens, ut serviant ei die ac nocte in templo sancto eius, ut sint populo in his, quae ad deum pertinent* […]«, a.a.O. S. 132; »Jener Stand wird aber mit Recht der Kirche vorangestellt, weil er in den heiligen Dingen dem Volke dient und ihm die Sakramente spendet. Wie nämlich im alten Testament der Stamm Levi vor den übrigen Stämmen von Gott herausgehoben wurde, um ihm durch verschiedene Dienste im Offenbarungszelt zu dienen, so ist auch der geistliche Stand auf besondere Weise erwählt, um Gott zu dienen in Gottes wahrem Offenbarungszelt, das ist seine gegenwärtige Kirche, damit sie ihm Tag und Nacht in seinem Tempel dienen, damit sie für das Volk da sind in jenen Dingen, die sich auf Gott beziehen […]«, a.a.O. S. 133. Der Dienst der Kleriker bezieht sich zwar primär auf Gott, aber die zweimalige Bezugnahme auf das Volk, das von Hrabanus mit dem *ordo laicorum* gleichgesetzt wird, deutet die Wechselseitigkeit der Dienste der Stände zumindest an, wenn sie auch hier noch nicht vollständig und konsequent durchgeführt wird. Vgl. auch T. Struve – Pedes rei publicae, S. 25. f.

583 O.G. Oexle – Die funktionale Dreiteilung als Deutungsschema der sozialen Wirklichkeit in der ständischen Gesellschaft des Mittelalters, S. 40.

noch als die, die Adalberos *Carmen* bietet, z.B. beim angelsächsischen Mönch Ælfric, der die drei *ordines* auch unmittelbar beim Namen nennt: *laboratores*, *bellatores*, *oratores*, »die Ordnung der Arbeiter, welche die Nahrung für uns erzeugt, die Ordnung der Krieger, die unsere Heimat verteidigt, und die der *oratores*, als da sind Geistliche, Bischöfe und Mönche«[584]. Die Wechselseitigkeit und Unentbehrlichkeit der Dienste (für den König) kommt pointiert zum Ausdruck: »Auf diesen drei Füßen ruht der Thron. Wenn einer zerstört ist, bricht er alsbald zum Nachteil der anderen Füße zusammen«[585]. Der Gedanke, daß gesellschaftliche Gruppen in reziproker Abhängigkeit voneinander stehen können und daß in einer Sozialordnung die Aufgabenverteilung komplexere Gestalt annehmen kann, ist für diese Zeit also unzweifelhaft ausdrückbar. Ist derlei Reflexion darum schon zurecht ›funktional‹ zu nennen oder gar repräsentativer Vertreter eines breit angelegten ›funktionalistischen Denkens‹?

Wenn Ständereflexion zur Metaphysik des jeweiligen Zeitalters gehört, eine gewiß richtige und wichtige Feststellung Otto Gerhard Oexles[586], dann muß bei der Interpretation zeitgenössischer Zeugnisse immer die Frage im Hintergrund gestellt werden, *was* innerhalb dieser Metaphysik und der mit ihr verbundenen Argumentations- und Begründungsformen an Reflexions- und v.a. Abstraktionsleistungen überhaupt möglich war. Metaphysik ist zugleich Letztorientierung und

---

584 Zit. nach G. Duby – Die drei Ordnungen, S. 159. »[…] *tres ordines* […] *in ecclesia dei: laboratores, bellatores, oratores. Ordo laboratorum adquirit nobis uictum, et ordo bellatorum debet armis patriam nostram ab incursibus hostium defendere, et ordo oratorum, id sunt clerici et monachi et episcopi* […]«. Zit. nach O.G. Oexle – Die funktionale Dreiteilung der ›Gesellschaft‹ bei Adalbero von Laon, S. 39f. Eine ähnliche Erläuterung an anderer Stelle bei Ælfric: »Laboratores sind jene, die uns den Unterhalt liefern; die das Land mit dem Pflug bearbeiten, und alle, die es mit ihren Händen tun; sie sind ausschließlich zu diesem Dienst bestimmt. Oratores sind diejenigen, die bei Gott für uns eintreten und den christlichen Geist im christlichen Volk verbreiten, die durch spirituelle Arbeit im Dienste Gottes stehen und sich dieser Tätigkeit im Dienste aller ausschließlich widmen. Bellatores sind jene, die unsere Festungen und auch unser Land schützen, die den eindringenden Feind mit Waffen bekämpfen.« Zit. nach G. Duby, a.a.O. S. 160. Zu Ælfric D. Fraesdorff – Beten für die Gesellschaft, S. 19f.

585 Zit. nach G. Duby – Die drei Ordnungen, S. 160f.; vgl. O.G. Oexle – Die funktionale Dreiteilung der ›Gesellschaft‹ bei Adalbero von Laon, S. 40; ders. – Deutungsschemata der sozialen Wirklichkeit im frühen und hohen Mittelalter, S. 94.

586 »Reflexion über Stände, über die richtige Ordnung der Gesellschaft, ist demnach also Reflexion über die Ordnung insgesamt, über die Welt im ganzen, darüber, wie das Viele und Verschiedene, das ist, zusammengefügt und zu einer gestalthaften Gesamtheit, einem Kosmos. Stände-Reflexion wurzelt also in Metaphysik, ja sie ist Teil der Metaphysik.« O.G. Oexle – Die funktionale Dreiteilung als Deutungsschema der sozialen Wirklichkeit in der ständischen Gesellschaft des Mittelalters, S. 22, bzw. wortgleich ders. – Deutungsschemata der sozialen Wirklichkeit im frühen und hohen Mittelalter, S. 79.

gedanklicher Horizont des jeweiligen Zeitalters. Die Charakterisierung ›funktional‹ ist in allen ihren heutigen Bedeutungen einem Entwicklungsprozeß vor allem des 17. bis 20. Jahrhundert verpflichtet, von dessen Prägungen sich definitiv nicht abstrahieren läßt, wenn der Begriff auf Zeiträume, die diesem Prozeß vorausliegen, angewendet wird. Wenn wir heute ein biologisches wie sozialwissenschaftliches Organismusverständnis entwickelt haben, das essentiell funktional ist, und wenn wir den Begriff ›Funktion‹ in hochabstrakten, z.B. mathematischen Zusammenhängen ebenso wie in konkretem technischen oder sozialen Gebrauch verwenden, dann muß immer bewußt bleiben, daß etwa die Rede von Körperfunktionen in diesem Kontext etwas ganz anderes bedeutet als Überlegungen zur hierarchisch-gegliederten Körperstruktur in der Antike oder im Mittelalter. Das gilt auch für Überlegungen, die sich, auf soziale oder ständische Strukturen bezogen, der Körpermetapher bedienen: »Eine Untersuchung der organologischen Staatsauffassung des Mittelalters erscheint jedoch nur dann als sinnvoll, wenn gleichzeitig die dieser Sicht zugrunde liegenden Vorstellungen vom Aufbau des menschlichen oder tierischen Organismus mit in die Darstellung einbezogen werden. Denn erst aus der Kenntnis der jeweils zeitgenössischen medizinisch-naturphilosophischen Anschauungen lassen sich die Konsequenzen des Organismusvergleichs für das menschliche Gemeinwesen voll abschätzen«[587]. Eingedenk dieser Mahnung sei hier die These formuliert, daß dem gesamten Früh- und Hochmittelalter, jedenfalls aber in der Lebenszeit Adalberos von Laon, schon angesichts des damaligen Standes von Medizin, Naturwissenschaften und Technik, der Begriff ›Funktion‹ oder des ›Funktionalen‹ in einem auch nur annähernd dem modernen vergleichbaren Sinn, wie er der weithin geteilten Interpretation der sozialen Deutungsschemata um 1000 zugrunde liegt, weder dem Wort noch der Sache nach im Denken zur Verfügung stand. *Functio* beschränkt sich im (seltenen) antiken und mittelalterlichen Wortgebrauch auf die Wahrnehmung, den Vollzug eines Amtes[588]; *fungor* steht in Verbindung mit *munus*, *officio*, *labor*, *mandatum* oder *virtus*[589]. Seine moderne Bedeutung wird erstmals im 16. bzw. 17. Jahrhundert greifbar, und zwar in der Naturphilosophie, eine Entwicklung, die zeitlich noch vor der Einführung des Funktionsbegriffs in die Mathematik erfolgte[590].

587 T. Struve – Die Entwicklung der organologischen Staatsauffassung im Mittelalter, S. 5.

588 Einen schönen Überblick über die Begriffsentwicklung in Biologie, Mathematik und Soziologie bietet U. Poerschke – Funktion als Gestaltungsbegriff, S. 25–55 *(Aspekte des Funktionsbegriffs).*

589 A.a.O. S. 25.

590 Als erster Gebrauch des mathematischen Funktionsbegriffs gilt heute Leibniz' Abhandlung *Methodus tangentium inversa, seu de functionibus* von 1673; vgl. U. Poerschke, a.a.O. S. 39, mit weiteren Nachweisen. Zur frühen Verwendung des mathematischen Funktionsbegriffs vgl. H.N. Jahnke – Die algebraische Analysis des 18. Jahrhunderts.

So spricht René Descartes von Körperfunktionen *(functiones corporis),* und diese stehen in engem Zusammenhang mit seiner streng mechanistischen Auffassung von Lebewesen einschließlich des Menschen[591]. Die von ihm mitausgelöste Revolution in der Organismusauffassung ist zugleich mit der Entwicklung von Kreislaufmodellen verbunden, für die exemplarisch die Entdeckung des Blutkreislaufs 1628 durch William Harvey stehen mag – übrigens mit seiner Unterscheidung von *actio* und *functio cordis* auch ein Beispiel für die früheste Verwendung von *functio* in einem modernen ›funktionalen‹ Sinn[592]. Die spezifisch funktionalen Züge eines kausalen, relationalen und prozessualen Wirkungszusammenhangs von Teilen innerhalb eines größeren Ganzen wurden von hier ausgehend erst langsam geformt, im 18. Jahrhundert und ab dem 19. Jahrhundert von der Soziologie übernommen und so weiterentwickelt, daß sie zuletzt als fertiges sozialwissenschaftliches Instrument zur Verfügung standen. Bestimmend in diesem Prozeß und maßgeblich für das gesamte Assoziationsfeld des ›Funktionalen‹ ist vor allem das Verhältnis von Funktion und Maschine, Funktion und Organismus und das von Funktion und System. Der Funktionsbegriff leistet die Vermittlung, Organismen analog zu Maschinen verstehen zu können, oder als System. Zugleich hat sich ein umgangssprachlicher Gebrauch entwickelt, der dem wissenschaftlichen so fern nicht steht, ein Denken in Kategorien des ›Funktionierens‹, das, wenn man so will, Teil der Alltagsmetaphysik des 20. Jahrhunderts geworden ist und insoweit auch zum selbstverständlichen Begriffsrepertoire des Historikers gehört. Das ›organologische‹ Denken des Mittelalters unterscheidet sich von dieser Art funktionalistischer Betrachtungsweise doch erheblich. Wenn sich also Reflexion über das Verhältnis von Teil und Ganzem, oder über das harmonische Zusammenwirken innerhalb notwendiger Ungleichheit, für die es genügend antike Vorbilder gab, zumal in der neuplatonischen Spekulation, innerhalb des möglichen gedanklichen Horizonts bewegen, so ein strukturfunktionaler Systembegriff gewiß außerhalb. Der ›Funktionalismus‹, die funktionale Betrachtung und Analyse von Zusammenhängen, ist so gesehen keinesfalls eine allgemeine, zeitlos gültige und praktizierbare Denkform.

Betrachten wir, um den Unterschied besser zu sehen, als ein ausgefeiltes Beispiel für ständische Reflexion, weit differenzierter als die Ausführungen um 1000 zu diesem Thema, den eineinhalb Jahrhunderte jüngeren *Policraticus* des Johannes von

---

591 Vgl. dessen posthum 1662 erschienene medizinisch-philosophische Abhandlung *De homine*.

592 W. Harvey – Exercitatio anatomica de motv cordis et sangvinis in animalibvs, S. 58: »*Necessarium est concludere circulari quodam motu in circuitu agitari in animalibus sanguinem; & esse in perpetuo motu, & hanc esse actionem sive functionem cordis, quam pulso peragit, & omnino motus & pulsus cordis causam vnam esse.*«; vgl. U. Poerschke, a.a.O. S. 31.

Salisbury, so verbleibt dessen Ständereflexion mit ihrem detailliert ausfallenden Vergleich von verschiedenen Körperteilen (Haupt, Herz, Augen, Ohren, Zunge, Hände, Füße, ja sogar Magen und Eingeweide) sowie der Seele[593] mit verschiedenen gesellschaftlichen Gruppen, Ständen oder ›staatlichen Funktionen‹ immer noch ganz auf der Ebene der hierarchischen Analogie im Rahmen der *corpus-Christi*-Metapher[594], wie auch Tilman Struve feststellt: »Johannes von Salisbury befindet sich freilich noch ganz in der Tradition der karolingischen Fürstenspiegel, wenn er aus dem Organismusvergleich lediglich Anweisungen zum sittlich richtigen Han-

593 »Der Herrscher [...] repräsentiert das Haupt des Staatskörpers. Der Senat, d.h. der königliche Rat, nimmt die Stelle des Herzens ein, während die Richter und Vorsteher der Provinzialverwaltung den Augen, Ohren und der Zunge des Staates entsprechen. [...] Die Beamten der Exekutive bilden die unbewaffnete, die Soldaten die bewaffnete Hand des Staates. Die Finanzverwaltung stellt den Bauch und die Eingeweide dar. Bauern und Handwerker schließlich, die das gesamte Staatswesen tragen und erhalten, sind dessen Füße. So, wie jedoch der menschliche Körper insgesamt dem Regiment der Seele unterworfen ist, so ist der Körper des Staates den Dienern der Religion, d.h. der Geistlichkeit unterstellt.« T. Struve – Die Entwicklung der organologischen Staatsauffassung im Mittelalter, S. 125; vgl. ders. – Pedes rei publicae, S. 2f. »*Princeps uero capitis in re publica obtinet locum ... Cordis locum senatus obtinet ... Oculorum aurium et linguae officia sibi uendicant judices et praesides prouinciarum. Officiales et milites manibus coaptantur. Qui semper adsistunt principi, lateribus assimilantur. Quaestores et commentarienses ... ad uentris et intestinorum refert imaginem.* (...) *Pedibus uero solo jugiter inhaerentibus agricolae coaptantur.*« Johannes von Salisbury, Policraticus V, 2, zit. nach T. Struve – Die Entwicklung ..., S. 125 FN10 bzw. ders. – Pedes ..., S. 3 FN 6. »*Ea uero quae cultum religionis in nobis instituunt et informant ... uicem animae in corpore rei publicae obtinet. Illos uero, qui religionis cultui praesunt, quasi animam corporis suspicere et uenerari oportet.* (...) *sicut anima totius habet corporis principatum, ita et hii, quos ille religionis praefectos uocant, toti corpori praesunt.*« Ders. – Die Entwicklung ..., S. 125 FN 11. »The position of the head in the republic is occupied, however, by a prince [...] The place of the heart is occupied by the senate [...] The duties of the ears, eyes and mouth are climed by the judges and governors of provinces. The hand coincide with officials and soldiers. Those who always assist the prince are comparable to the flanks. Treasurers and record keepers [...] resemble the shape of the stomach and intestines. [...] Furthermore, the feet coincide with peasants perpetually bound to the soil [...]« John of Salisbury, Policraticus, ed. C.J. Nederman, S. 67. »[...] that which institutes and moulds the practice of religion in us [...] acquires the position of the soul in the body of the republic. Indeed, those who direct the practice of religion ought to be esteemed and venerated like the soul in the body. [...] just as the soul has rulership of the whole body so those who are called prefects of religion direct the whole body.« A.a.O. S. 66f. Im Zusammenhang mit Marsilius von Padua von einer »funktionsgerechten harmonisch aufeinander abgestimmten Ordnung aller Teile des Staates« zu sprechen (T. Struve, a.a.O. S. 269) ist ungleich begründeter als in allen vorgenannten Beispielen. Die Erfassung von Zusammenhängen als funktionale kündigt sich deutlich an, wiewohl der dazugehörige Begriff der Funktion *(functio)* in dieser Bedeutung noch nicht geformt ist.

594 Vgl. T. Struve – Die Entwicklung der organologischen Staatsauffassung im Mittelalter, S. 87ff. *(Der Staat als Funktion des corpus Christi).*

deln ableitet, anstatt aus der Stellung der Organe innerhalb des menschlichen Körpers Konsequenzen für die Funktion der mit ihnen verglichenen Teile des Staates zu ziehen«[595]. Ein Übergang allerdings von der Beschreibung von Tugenden zu Tätigkeiten als entscheidendes Kriterium sei festzustellen, und die vom Herrscher herzustellende Harmonie beziehe sich eben auf diese Tätigkeiten[596] – insofern stellt der *Policraticus*, rückblickend betrachtet, zweifellos eine Etappe auf dem Weg zu funktionalen Betrachtungen dar, hat sie aber noch nicht erreicht.

Um zu Adalberos Text zurückzukommen, so hätte in dessen Kontext eine ›funktionale‹ Ableitung ganz anders vorgehen müssen. Am Anfang hätte eine Betrachtung der gesellschaftlich notwendigen Aufgaben und Leistungen stehen müssen, dann daraus die Unzulänglichkeit der gleichzeitigen Wahrnehmung aller durch alle und die Unverträglichkeit gewisser Tätigkeiten abgeleitet werden müssen, und zuletzt hätten aus dem Ergebnis Funktionsgruppen (Stände) definiert werden können. Vermutlich wäre eine solche Ableitung – wäre sie im Denkhorizont der Zeit durchführbar gewesen – auf eine Unvereinbarkeit von Beten und Kämpfen gar nicht erst gestoßen, wie sie ja 120 Jahre nach Adalbero auch Bernhard von Clairvaux in seinem *Liber ad milites templi de laude novae militiae* nicht finden konnte[597]. Bei Adalbero werden solche Zusammenhänge als funktionale nicht diskutiert, auch nicht, weshalb die Funktionen Beten und Arbeiten im Gegensatz zu Benedikts Prinzip des *ora et labora* unverträglich sein sollten. Die Ständegliederung ist definitiv nicht der Ausfluß der Analyse der beteiligten Funktionen, sondern entspringt göttlich gesetzter Ordnung und ihrem ganz traditional gehaltenen Verständnis[598]; die Festlegung der ständischen Handlungspflichten ist weit mehr

595 A.a.O. S. 135.

596 A.a.O. S. 135 u. 131.

597 Tatsächlich zeichnet Bernhard ein sehr ›funktional‹ ausgerichtetes Idealbild vom *novus militiae genus*, wobei es vor allem um die Synthese von Rittertum und straffer Organisationsform unter Verzicht auf alles Unwesentliche, wie sie für Mönchsorden, zumal dem Zisterzienserorden, eigentümlich ist, zu gehen scheint. Der geistlichen Seite im doppelten Kampf *(geminus conflictus)* des neuen Typus des kämpfenden Mönchs (für den Bernhard den Terminus *monachus* ganz vermeidet – er spricht vom *miles Christi*) ist aber nicht das ›Beten‹ zugeordnet, sondern der Kampf gegen die Dämonen. Vgl. J. Flekkenstein – Die Rechtfertigung der geistlichen Ritterorden nach der Schrift ›De laude novae militiae‹ Bernhards von Clairvaux; O.G. Oexle – Deutungsschemata der sozialen Wirklichkeit im frühen und hohen Mittelalter, S. 94 bzw. 106; P. Dinzelbacher – Bernhard von Clairvaux, S. 116ff.

598 Argumentation und Ableitungszusammenhang der geschilderten Art finden sich (frühestens) drei Jahrhunderte später im *Defensor pacis* des Marsilius von Padua, einer weiteren wichtigen Etappe im organologischen Staatsdenken: »Die Gliederung der menschlichen Gemeinschaft in verschiedene Stände bzw. Berufe resultiert nach Marsilius von Padua aus der Mannigfaltigkeit der für die staatliche Existenz notwendigen, von einem einheitlichen Verband allein nicht zu bewältigenden Aufgaben.« T. Struve,

durch Vorstellungen der praktischen Philosophie bestimmt als durch einen analysierten Systemzusammenhang von Funktionen.

Mit dem entschiedenen Blickpunkt auf die Funktionszusammenhänge, der in dieser Form eigentlich erst in der Moderne zur Verfügung steht, wird der ursprüngliche Ableitungsduktus (ebenso wie der theologische Kontext) der Reflexion beiseitegeschoben und den Protagonisten eine abstrakte pragmatisch-soziologische Haltung zur Ständefrage zugemutet, die allein am systemischen Funktionieren ausgerichtet sein soll. So erklären sich Urteile wie das von Stefan Weinfurter: »Die Unfreiheit der Arbeiter wird bei Adalbero als unbedingte Voraussetzung für das *Funktionieren* der Gesellschaft gesehen« oder, allgemeiner, das von Tilman Struve: »Hiernach hatte der Herrscher für das *funktionsgerechte* Zusammenwirken aller Stände und sozialen Gruppen zu sorgen«[599]. Es besteht aber in derlei Beurteilungen die erhebliche Gefahr der Projektion modernen Denkens in mittelalterliche Zusammenhänge, wie sie bei der Verwendung von Begriffen wie ›Staat‹ oder ›Herrschaft‹ oder ›Ideologie‹ zurecht kritisiert wurde.

Es wäre nicht so weit auszuholen gewesen, stünde nur die Textinterpretation einiger mittelalterlicher Verse im Raum und hätte nicht das an Adalbero exemplifizierte Konzept der funktionellen Betrachtungsweise bei Stefan Weinfurter weit ausgreifende Bedeutung für seine Beschreibung der Entwicklung im 11. und 12. Jahrhundert. Das berührt auch den Begriff der Ordnungskonfiguration, um den es uns hier zu tun ist, wurde doch das ›funktionale Prinzip‹ als eine von drei im Streit liegenden Ordnungskonfigurationen identifiziert. Die *crux* des Ansatzes scheint mir in folgendem zu liegen: Die Deutung der geschichtlichen Phänomene durch

---

a.a.O. S. 267. »*Nam quia diversa sunt necessaria volentibus sufficienter vivere, que per homines unius ordinis seu officii procurari nequeunt, oportuit esse diversos ordines hominum seu officia in hac communitate diversa huiusmodi exercentes seu procurantes, quibus pro vitae sufficiencia homines indigent. Hii autem hominum diversi ordines seu officia non aliud sunt quam pluralitas et disticcio parcium civitatis.*« Marsilius von Padua, Defensor pacis I, 4, 5, ed. Kusch, S. 42; zit. auch bei T. Struve, a.a.O. FN 35 (»Denn weil für ein befriedigendes Leben verschiedenes notwendig ist, was Menschen *eines* Standes und *eines* Berufes nicht beschaffen können, so muß es verschiedene Stände oder Berufe in dieser Gemeinschaft geben, die verschiedenes dieser Art ausübten und besorgten, dessen die Menschen für das befriedigende Leben bedürfen. Diese verschiedenen Stände oder Berufe der Menschen sind aber nichts anderes als die Bestandteile des Staates in ihrer Vielzahl und Verschiedenartigkeit.« Übersetzung H. Kusch, a.a.O. S. 43). Struve betont die bei Marsilius sichtbare »stärkere Beziehung auf die natürlichen Funktionen des menschlichen Körpers – wie die […] Wachstums- und Stoffwechselprozesse […]«, wodurch die »Parallelisierung mit bestimmten Organen« an Bedeutung verliere (T. Struve, a.a.O. S. 267 f).

599 S. Weinfurter – Canossa, S. 75; T. Struve – Bedeutung und Funktion des Organismusvergleiches in den mittelalterlichen Theorien von Staat und Gesellschaft, S. 152 (Hervorhebung jeweils nicht im Original).

den Historiker bezieht vielfach Fragen nach der Funktion gewisser Teilphänomene für andere oder für die historische Entwicklung insgesamt ein. Auch die Deutung der sozialen Deutungsschemata ist in diesem Sinne funktional, wenn z.B. nach dem Verhältnis von ›Wirklichkeit‹ und ›Wissen‹[600], nach der sozialen Realität oder nach dem Zweck dieser Ständereflexionen gefragt wird. Ebenso selbstverständlich läßt sich auch nach der Funktion sozialer Gruppen, soweit sie greifbar sind, Institutionen[601] oder einzelnen Ämtern (etwa dem des Königs[602]), wiederkehrenden Praktiken[603], selbst isolierter Ereignisse (z.B. ›der Gang nach Canossa‹) fragen.

Der Ansatz Weinfurters, der sich, insoweit er solche Fragen aufwirft, gleich anderen nur einer legitimen sozialwissenschaftlichen Methode bedient, geht aber einen entscheidenden Schritt über das Geschilderte hinaus: er deutet die Deutungsschemata *als* funktionale, d.h. als ihrem Selbstverständnis nach an Funktionalismen ausgerichtete Interpretationen, sei es der sozialen Wirklichkeit oder eines normativen Idealbildes von jener. An dieser Stelle springt gewissermaßen der Gedanke – weil er einen bestechend plausiblen Blick auf die Verhältnisse bietet – von der methodischen Metaebene des Historikers bzw. Sozialwissenschaftlers auf die Objektebene, in diesem Fall die der Texte des frühen 11. Jahrhunderts, über, mehr noch, die funktional *als* funktionale gedeuteten sozialen Modelle dieser Zeit werden als Ursprung oder doch repräsentative Exemplare für ein sich verbreitendes Denken in Funktionszusammenhängen interpretiert, ein »funktionales Ordnungsdenken«[604] mit der umfassenden Wirkung einer »Funktionalisierung der Gesellschaftsordnung«[605], die ganz maßgeblich für die großen Umwälzungen im 11. und 12. Jahrhundert mitverantwortlich sein soll. Hier findet erkennbar eine Hypostasierung eines bloß methodischen Aspekts der Theoriebildung innerhalb des Unter-

---

600 O.G. Oexle – Die ›Wirklichkeit‹ und das ›Wissen‹.

601 Z.B H. Keller – Grundlagen ottonischer Königsherrschaft, S. 26: »Aber man muß sich davor hüten, die *Funktion* der Reichskirchen in der Herrschaftsordnung nur instrumental vom Königtum her zu deuten.« (Hervorhebung nicht im Original); oder die ›Funktion‹ von Urkunden ders. – Die Veränderung gesellschaftlichen Handelns und die Verschriftlichung der Administration in den italienischen Stadtkommunen, S. 34 f.

602 Z.B. H. Keller – Die Investitur, S. 61: »Die Rolle des Königs wird nicht aus seiner Position in einem Staatswesen begriffen, sondern aus seiner Stellung und *Funktion* in der Kirche Christi.« (Hervorhebung nicht im Original).

603 Z.B. H. Keller – Die Idee der Gerechtigkeit und die Praxis königlicher Rechtswahrung im Reich der Ottonen, S. 102: »Die *Funktion* königlicher oder fürstlicher Rechtsprechung läßt sich zutreffend nur verstehen, wenn man sie bezieht auf das Bemühen, eine Versöhnung der Streitparteien zu ermöglichen oder zu erzwingen.« (Hervorhebung nicht im Original).

604 S. Weinfurter – Ordnungskonfigurationen im Konflikt, S. 94.

605 S. Weinfurter – Canossa, S. 76.

suchungsgegenstandes selbst statt, es entsteht ein Artefakt, das mannigfach als Kausalursache in Anspruch genommen wird und wie ein kleiner Demiurg sich durch das 11. Jahrhundert zu arbeiten beginnt, um die Sozialverhältnisse auf allen Ebenen ›funktional‹ umzugestalten. Die weiter oben schon angesprochene Straffung der innerkirchlichen Organisation auf allen Ebenen ist ebenso wie die voranschreitende Juridifizierung und sachliche wie personelle Abschließung der Kirche (und damit gleichzeitig Ausschließung des Königs aus der priesterdominierten kirchlichen Hierarchie[606]), für Weinfurter Folge oder Ausdruck der »Funktionalisierung der Gesellschaft«[607] wie die korrespondierende weltliche Herrschaftsintensivierung und -rationalisierung bis hin zur funktionalen Präzisierung der Königserhebung[608].

Die funktionale Dreiständelehre Adalberos blieb mithin für Weinfurter »keineswegs bloße Theorie«[609], sondern durch sie entfaltete der dieser Theorie eigentlich zugrunde liegende Funktionalismus einen Ausdifferenzierungsprozeß, der nicht nur neue ständische Gliederungen hervorbrachte, sondern einen massiven Rationalisierunsprozeß in der Gesellschaft in Gang setzte: »Die Funktionalisierung ging Hand in Hand mit der Abgrenzung bestimmter Personengruppen«[610] und der Entwicklung rationaler Techniken – vor allem juristischer – zur institutionellen Schließung und Neufundierung der Kirche[611]. Die eingeforderte *libertas ecclesiae* ist in dieser Perspektive, wie überhaupt das ganze Programm der Kirchenreformer, Ausdruck ein und desselben funktionalen Differenzierungsprozesses: »Es mußte

606 Brigitte Szabó-Bechstein spricht von der »völlige[n] begriffliche[n] Abschließung der *ecclesia* gegenüber den Laien«, dies. – Libertas Ecclesiae, S. 193.

607 S. Weinfurter – Ordnungskonfigurationen im Konflikt, S. 94 f.: »Das *funktionale* Ordnungsdenken führte vor allem dazu, daß sich die Amtsträger der Kirche stärker als zuvor auf ihr eigenes Ordnungssystem besannen [...] Seit dem Beginn des 11. Jahrhunderts rückten die kanonischen Vorschriften und Gesetze als Grundlage der Kirche immer mehr in den Mittelpunkt. Mit ihrem Rechtssystem schloß sich die Kirche ab, auch und vor allem gegenüber dem König. Der König mußte seiner Sakralität entkleidet werden, weil er *funktional* nicht zu den Betenden gehörte [...] Die *funktionale* Ausdeutung war [unter Heinrich III.] bereits in vollem Ausmaß dabei, die Kirche und damit das gesamte Ordnungsgefüge zu erfassen.«; ders. – Funktionalisierung und Distanz, S 34: »der *funktionale* Umbau der Gesellschaft [...] festigte sich in Institutionen und in einer zunehmenden Verrechtlichung der kirchlichen und gesellschaftlichen Ordnung.«; ders. – Canossa, S. 88: »Das römische Bischofsamt wurde mithin von der Legitimierung und der *funktionalen* Definition her umgestaltet.« (Hervorhebungen nicht im Original).

608 S. Weinfurter – Investitur und Gnade, S. 116.

609 S. Weinfurter – Funktionalisierung und Distanz, S. 27.

610 A.a.O.

611 Zum Wandel im *ecclesia*-Begriff in der Ottonen- und Salierzeit B. Szabó-Bechstein – Libertas ecclesiae, S. 71 ff.

sich […] die Überzeugung ausbreiten, daß die Kirche ihre Funktion nur dann erfüllen konnte, wenn sie von fremden Interessen völlig frei war. Weltliche Einflüsse mußten daher ausgeschaltet werden«[612]. Man gewinnt den Eindruck, die ›Funktionalisierung‹ sei eine frühe Phase der ›Rationalisierung‹, die dem 12. Jahrhundert zugeschrieben wird, oder fällt vielleicht sogar mit dieser zusammen. So erscheint im 11. Jahrhundert alles funktionsbezogen: die Kirche, die Gesellschaft, die Lebensformen[613], das Herrschaftsverständnis[614]. Diesem allwirksamen Funktionalismus stehen nun gar keine Quellenaussagen gegenüber, denen irgendeine Form von theoretischer Reflexion von Funktionszusammenhängen zu entnehmen wäre. Die zitierten Beispiele enthalten funktionales Gedankengut bestenfalls in embryonaler Form, die nicht mit der ausgewachsenen Gestalt verwechselt werden darf, auf die noch Jahrhunderte zu warten ist. Die funktionale Analyse des Historikers liefert Ergebnisse – für das Verständnis der Zusammenhänge zweifellos wertvolle Ergebnisse – aus der Distanz. Es wäre jedoch ein Kategorienfehler, die erkannten funktionalen Zusammenhänge auch *als* funktionale der Selbstbeschreibung auf der Objektebene zu unterstellen. Logik, Argumentation und Ableitungsduktus bewegen sich überwiegend oder ganz in traditionalen Bahnen. Insofern hat es bei Herrschern und Mönchen gewiß kein »Bewußtsein vom eigenen Funktions- und Heilswert«[615] gegeben, allenfalls ein Bewußtsein von dem, dem (aus der Distanz) durch die funktionale Analyse eine Funktion, ein Funktionswert zugemessen werden kann – ein Bewußtsein ihrer konkreten Stellung in einer konkret gedachten und empfundenen Hierarchie und Ordnung. Auch ist es verfehlt, den rückprojizierten Funktionalismus als Kausalursache für die Veränderungen gerade im juristischen Bereich zu nehmen. In Wahrheit verhalten sich die Dinge gerade umgekehrt: das, was langsam, in kleinen Schritten, an Techniken, Ordnungsformen und juristischen Figuren entwickelt wurde, stellt (notwendige) Vorstufen dar für die Ausbildung

---

612 S. Weinfurter, a.a.O.

613 Als Beispiel kann die Kanonikerreform dienen; vgl. dazu S. Weinfurter – Funktionalisierung und Distanz, S. 30ff., bzw. ders. – Funktionalisierung und Gemeinschaftsmodell.

614 Sogar das Konzept hinter dem Dom zu Speyer ist funktional: »Wie in einem Brennspiegel bündeln sich diese Entwicklungen und Veränderungen im Speyerer Dom. Unter Heinrich III. symbolisiert er […] die Verschmelzung von sublimer christlicher Königsidee, von Priesterkönigtum und Gottesgnadentum einerseits und Elementen des neuen, funktionsbezogenen, auch bei Adel und Bischöfen um sich greifenden Herrschaftsverständnisses und seiner Repräsentationsformen andererseits […]« S. Weinfurter – Herrschaftslegitimation und Königsautorität im Wandel, S. 85.

615 H. Seibert – Herrscher und Mönchtum im spätottonischen Reich, S. 224. Bei Hubertus Seibert wird der funktionale Blickpunkt geradezu endemisch; vgl. ders. – Das Papsttum und die neuen religiösen Bewegungen im 12. Jahrhundert, S. 151, 155ff., S. 161, S. 163 u. S. 165.

des Abstraktionsniveaus, das den Funktionsbegriff neuzeitlicher Prägung allererst ermöglicht hat.

Man kann das am juristischen Gedanken, an der Rechtsfigur der ›direkten Stellvertretung‹ erläutern. Eines der eindrucksvollsten Werkzeuge des Reformpapsttums zur Durchsetzung des päpstlichen Primats war, abgesehen vom Instrument der Synode[616], der Einsatz von Legaten[617]. Allen voran hat Gregor VII. sich dieses Mittels bedient, um politische Eingriffe auf diözesaner Ebene effektiv ins Werk zu setzen[618]. An sich eine sehr alte Einrichtung, wurden päpstliche Gesandte unter Gregors konzentrierter Primatsidee zu einem wirksamen Mittel, die Zentralisierung politisch voranzutreiben, und das Legatensystem in seiner Entwicklung bis Innozenz III. zu einem der wichtigsten kurialen Regierungsinstrumente ausgebaut[619]. Wenn der Papst versucht, den unmittelbaren Wirkungsbereich seines Willens, vor allem gegen seine *confratres* im Bischofsamt, durch den Einsatz von Legaten räumlich auszudehnen und »über die Ernennung von Stellvertretern den eigenen Jurisdiktionsprimat gleichsam zu multiplizieren«[620], dann wird natürlich die Frage nach deren Kompetenzen und Legitimation aufgeworfen, insbesondere

616 »Vor allem anderen verbreitete sich im Christentum während der Krise des Reiches das Synodalwesen. Die wichtigsten Entscheidungen für das Gesellschaftsleben wurden unter Teilnahme der Großen der Politik in den Versammlungen der Bischöfe, Prälaten und Äbte getroffen: Die Kirche war bereits eine in Körper gegliederte Gesellschaft, auch wenn sie noch nicht auf einer ausgearbeiteten und festgelegten Rechtsordnung basierte.« P. Prodi – Das Sakrament der Herrschaft, S. 94. Vgl. H. Mordek – Kanonistik und gregorianische Reform, S. 80.

617 »Die Reformpäpste steckten den Raum ihrer Autorität ab, indem sie ihn abschritten oder abschreiten ließen. […] Mit Papst Leo IX. beginnt die Amtsführung ›motu proprio‹. […] In zuweilen dichter Folge waren von nun an päpstliche Legaten unterwegs, die den römischen Willen bis in die entferntesten Gegenden der römisch-westlichen Christenheit trugen.« S. Weinfurter – Das ›neue Europa‹ und die spätsalischen Kaiser, S. 414.

618 »Kaum zu trennen von der Geschichte der Konzilien Gregors ist die Entwicklung des Legatensystems im Pontifikat Gregors VII. […] Konzilien und Legaten waren die ineinander übergreifenden Instrumente seines Regiments, das fest im Primat Petri und in Rom verankert war.« U.-R. Blumenthal – Gregor VII., S. 202. »[…] so hielt es Gregor doch für richtig, um an allen Orten einen unmittelbaren Einfluss ausüben zu können, die Institution des Legatenamtes auszubauen und zu verstärken.« A. Nitschke – Die Wirksamkeit Gottes in der Welt Gregors VII., S. 178. Vgl. K. Ruess – Die rechtliche Stellung der päpstlichen Legaten bis Bonifaz VIII., S. 65 ff.

619 »The years 1073–1198 witnessed the development of the papal legations as one of the most important instruments of papal government – the connecting link between the papal curia and the churches […] This was an innovation of the reform papacy.« I.S. Robinson – The Papacy 1073–1198, S. 146; »From Gregory's time on, the legate became a key figure in the administrative arm of papal government.« R.A. Schmutz – Medieval Papal Representatives, S. 450.

620 C. Zey – Gleiches Recht für alle?, S. 99.

bei jenen Vertretern der periphären kirchlichen Hierarchie, die die Legaten *quasi* als ganz gegen den bisherigen Brauch in ihren Jurisdiktionsbereich eindringende papale Anmaßung empfinden (mußten)[621]. Der Gedanke der direkten Stellvertretung, daß eine Rechtsperson direkt für eine andere rechtsverbindliche Willenserklärungen abgeben kann, z.B. Eigentum erwerben oder eine Verpflichtung eingehen, ist Juristen heute so selbstverständlich geworden, daß man sich kaum vorstellen kann, daß diese Figur erst mühsam errungen werden mußte[622]. Juristisch war das zunächst aber keineswegs bewältigt. Bei den Legaten der Zeit des Investiturstreits geht es zwar nicht um rechtsgeschäftliche Stellvertretung, aber im Kern doch um Ausbildung und juristische Präzisierung der Figur der gewillkürten Stellvertretung[623]. Das Ausmaß der Kompetenzen eines Legaten ist (anfangs) nicht typisiert und ausschließlich abhängig vom Umfang der Delegation durch den Papst[624], an seiner Statt (»*vice et auctoritate nostra*«[625]; »*vice nostra*«[626]) auftreten zu können.

---

621 »This uncostumary, aggressive use of legates elicited a rash of complaints from tradition-minded contemporaries […]« R.A. Schmutz, a.a.O. S. 449. Zum Gegensatz zwischen römisch-zentralistischem und landeskirchlich-episkopalem *ecclesia*-Begriff in dieser Zeit B. Szabó-Bechstein – Libertas Ecclesiae, S. 210f.

622 »Alte Rechte kennen bei ihren formal gestalteten Rechtsakten keine Stellvertretung. So das römische jus civile. Das war erträglich, weil der pater familias durch Ehefrau, Hauskind und Sklaven, die selbst vermögensunfähig waren, Rechte erwerben konnte. Stellvertreter im heutigen Sinn waren sie nicht, da sie ohne Rücksicht auf ihren Willen mit Notwendigkeit für ihren […] Gewalthaber Rechte erwarben, andererseits ihn nicht verpflichteten. […] Das Rechtsleben erreichte den selben Zweck auf dem Umweg über die sog. mittelbare Stellvertretung. Hier erwarb der Beauftragte Rechte und Pflichten zunächst selbst, war aber verpflichtet und berechtigt, sie dem Geschäftsherrn weiterzugeben. […] das mittelalterliche, besonders das kanonische Recht entwickelte Ansätze zur gewillkürten Stellvertretung. […]« F. Gschnitzer – Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, S. 765.

623 Direkte Stellvertretung gibt es ansatzweise natürlich auch in anderen rechtsrelevanten Zusammenhängen, z.B. galt es »im Hochmittelalter als königliches Exklusivrecht, nach der Krönung keinen Schwur mehr persönlich leisten zu müssen.« (W. Goez – Kirchenreform und Investiturstreit, S. 134). So legte Heinrich IV. seinen Eid in Canossa durch Stellvertreter ab, was, abgesehen vom Wortlaut des Eides, der mit »*Ego Heinricus rex*« beginnt (Gregorii VII Registrum, ed. E. Caspar, IV, 12a), als ein Indiz dafür genommen wird, daß Gregor ihn nach der Lösung vom Bann 1077 wieder in königlicher Stellung sah.

624 »Das Ausmaß der von Gregor delegierten päpstlichen Vollmacht unterschied sich zwar von Fall zu Fall, aber hing stets von seinem Belieben ab.« U.-R. Blumenthal – Gregor VII., S. 205. So sieht das auch die zeitgenössische Theorie: »*legationis officium* […] *pars modo plus, modo minus recipit pro arbitrio committentis*« (Ivo von Chartres, Epistola LIX, PL 162, p. 70 A; »a legate ›sometimes recives more, sometimes less, depending upon the will of the one, who is granting it‹« R.L. Benson – Plenitudo potestatis, S. 207). Vgl. K. Ruess – Die rechtliche Stellung der päpstlichen Legaten bis Bonifaz VIII., S. 116f.

625 Reg. (= Gregorii VII Registrum, ed. E. Caspar) II, 28.

626 Reg. I, 81; II, 15, 28, 32, 40; IV, 16, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 26, 28; V, 2, 3, 4, 21, 23; VI, 2, 12, 32; VII, 1, 9, 10; IX, 10. Siehe auch »*vicarius noster*« Reg. IV, 16; V, 23; VI, 21, 26, 27, 28; VII, 12, 18;

Auch der persönliche Rang (Weihegrad) des Legaten ist völlig unerheblich[627], entscheidend ist allein der alles überragende Rang des Deleganten, d.h. des Papstes als Inhaber aller nur zu erdenkenden Monopole in der Kirche. Faktische politische Durchsetzung und juristische Ermächtigung liegen hier sehr dicht und fast ungeschieden beieinander[628]. Der Papst ist nicht mehr die ferne Größe im traditionellen Gefüge der hierarchischen Ordnung, es wird von ihm ubiquitär und eindringlich dasjenige politisch nutzbar gemacht, was im Begriff der *plenitudo potestatis* an juristischer Potenz steckt, wenn der Begriff nur in einem dezisionistischen, d.h. protosouveränen Sinn aktiviert wird[629].

---

VIII, 18, 19. »Der Ausdruck ›vices committere‹ wird im 11. und 12. Jahrhundert nämlich nicht nur bei der Beauftragung von sogenannten Vikaren und Primaten, sondern auch von Kardinallegaten gebraucht; er bildet nur die allgemeinste Form der Beauftragung, und den Beauftragten war ein ziemlich weiter Spielraum in der Ausübung der Legatenrechte gelassen.« K. Ruess, a.a.O. S. 116.

627 »In der frühen Reformzeit hatte Gregor VII. keinen Zweifel an der generellen Überordnung päpstlicher Legaten über Bischöfe gelassen, auch wenn die Legaten einen niedrigeren Weihegrad hatten.« C. Zey, a.a.O. S. 111.

628 Vgl. U.-R. Blumenthal – Gregor VII., S. 210 bzw. 214 ff.; S. Weinfurter – Canossa, S. 110 f.

629 Eine solche ›Aktivierung‹ passiert nun, was den ›technischen Gebrauch‹ des aus dem Frühmittelalter übernommenen Begriffspaares *plenitudo potestatis – pars sollicitidudinis* angeht, gar nicht. Man muß mit Robert L. Benson zwei Bedeutungen von *plenitudo potestatis* auseinanderhalten, nämlich (1) »First, *plenitudo potestatis* could inidicate the jurisdiction inherent in the papal office, that is, the Roman Pontiff's ›ordinary jurisdiction‹ over the church« (ders. – Plenitudo potestatis, S. 196) und (2) »In a second and quite different sense, the expression *plenitudo potestatis* could indicate the papacy's reserve of absolute power apart from the regular exercise of its ordinary jurisdiction. In this sense, plenitudo potestatis included the Roman Pontiff's supreme right (as Innocent [III.] explained), ›above the law, to make dispensations‹, to remedy any defects in an ecclesiastical election, to make a direct appointment to a vacant see. That is, sanctioned by this extraordinary prerogative, the pope can act outside of the standard administrative procedures […]« (a.a.O. S. 197 f.). Im gregorianischen Lager beschränkt sich die Verwendung von *plenitudo potestatis* auf den ersteren Sinn (Gregor selbst verwendet *plenitudo potestatis* gar nicht und nur den Gegenbegriff *pars sollicitudinis*; vgl. z.B. Reg. V, 2) – die Ableitung einer über dem Recht stehenden päpstlichen ›Vollgewalt‹, die aus dem Begriff herauszulesen ein mit dem modernen Souveränitätsbegriff Vertrauter vielleicht versucht sein möchte, erfolgt gerade nicht. Helmut Quaritsch warnt auch hinsichtlich der ferneren Entwicklung des Begriffs vor einer überinterpretierenden Identifikation von *plenitudo potestatis* mit ›Souveränität‹: »Unbeschadet der Erkenntnis, daß wichtige Elemente der päpstlichen ›Allgewalt‹ in der Souveränitätslehre Bodin's wiederkehren, wird man […] davon absehen müssen, den Begriff der päpstlichen plenitudo potestatis im Begriff der Souveränität aufgehen zu lassen; durch eine Identifikation wird mehr verwirrt als geklärt.« (ders. – Staat und Souveränität, S. 65). So gesehen wird das Programm Gregors durch absolutistische Momente *in nuce* gekennzeichnet, es enthält »all das, was man – Energie und Erfolg im politischen Bereich vorausgesetzt – braucht, um Gesetzgebung als Normalfall, Absolutismus als politisches System heraufzuführen« (J. Weitzel – Versuch über Normstrukturen …, S. 393), aber keine entwickelte Sou-

Die juristische Idee hinter dem politischen Werkzeug ist diese: »Vor dieser plenitudo potestatis mußten jedenfalls alle Instanzen und Kompetenzen und das jus quaesitum am Amt verschwinden. Wo der päpstliche Legat war, verfügte er über die Ämter, ordinierte Bischöfe, visitierte und reformierte die Kirchen und die Diözesen, entschied in Sachen des Glaubens und der Disziplin und erließ allgemeine Statuten. Die rechtliche Grundlage dieser umfassenden Befugnisse wurde in der Weise konstruiert, daß Alles was der Legat tat, als vom Papst selbst vorgenommen betrachtet wurde, vorbehaltlich des päpstlichen Widerrufs. [...] Der Papst ist durch den Legaten überall«[630]. Diese Ubiquität seiner Handlungskompetenz – der Papst ist z.B. »nicht nur *oberster Richter* in der Kirche, sondern [...] ein *omnipräsenter Richter*«[631] – ist eine der Konsequenzen der im *Dictatus papae* als zweiter Leitsatz verkündeten ›Universalität‹ des *pontifex Romanus*[632]. Gleich der vierte Leitsatz hat dann den unbedingten Vorrang des Legaten vor allen Bischöfen (einschließlich der Absetzungsbefugnis), ungeachtet dessen Weihegrades, zum Gegenstand[633]: ›ein Subdiakon, der einen Erzbischof absetzt‹[634], dieser Extremfall ist in dieser Konzeption durchaus denkbar – nichts unterstreicht den instrumentellen Charakter des

veränitätsdoktrin: »Man kann in diesen Kompetenzen ein ›Zuhöchstsein‹ und die Inanspruchnahme des ›letzten Wortes‹ erblicken, aber nicht den Ausschluß jeder anderen als der Herrschaftsgewalt von Kirche und Papst.« (H. Quaritsch, a.a.O. S. 62). Vgl. J. Miethke – Kirchenstruktur und Staatstheorien im Zeitalter der Scholastik, S. 146 ff.

630 C. Schmitt – Die Diktatur, S. 45 f., bezogen allerdings auf die schon entwickelteren und vom kanonischen Recht intensiver erfaßten Verhältnisse unter Innozenz III.

631 P. Landau – Die kirchliche Justizgewährung im Zeitalter der Reform in den Rechtssammlungen, S. 431.

632 »*Quod solus Romanus pontifex iure dicatur universalis*« Reg. II, 55a c. 2 (»Daß allein der römische Bischof mit Recht ›allgemein‹ genannt wird.« F.-J. Schmale – Quellen zum Investiturstreit I, Ausgewählte Briefe Papst Gregors VII., S. 149.) »Diesen Anspruch hatte einst Papst Gregor I. als töricht und anmaßend abgetan.« S. Weinfurter – Canossa, S. 107.

633 »*Quod legatus eius omnibus episcopis presit in concilio etiam inferioris gradus et adversus eos sententiam depositionis possit dare.*« Reg. II, 55a c. 4 (»Daß sein Legat den Vorrang auf einem Konzil vor allen Bischöfen einnimmt, auch wenn er einen niedrigeren Weihegrad hat, und daß er gegen sie ein Absetzungsurteil fällen kann.« Übers. S. Weinfurter – Canossa, S. 106).

634 Dieser absolute Vorrang des Legaten ist nicht Gregors Erfindung, sondern er hat als Legat diesen Vorrang selbst eingeräumt bekommen: »Das Konzil, das Hildebrand als Subdiakon im Auftrag Viktors II. in Chalon-sur-Saône hielt, weist [...] bereits auf die Legatenpraxis seines eigenen Pontifikats. Die Urkunde, die das Konzil ausstellte und die der Legat als *vicarius* des Papstes als erster, noch vor dem Erzbischof von Vienne unterzeichnete, obwohl er nur ein Subdiakon war, entspricht damit der in Dictatus Papae c. 4 festgelegten Rangfolge [...]« U.-R. Blumenthal – Gregor VII., S 204 f.; vgl. I.S. Robinson – The Papacy 1073–1198, S. 146. Vgl. zu den typischen Befugnissen im 9. und 10. Jahrhundert K. Ruess – Die rechtliche Stellung der päpstlichen Legaten bis Bonifaz VIII., insbes. S. 36.

Legatenwesens mehr als diese Diskrepanz und nichts scheint weniger unangebracht als diesen Stellvertretungsmechanismus als ›funktional‹ ganz i.S.v. Stefan Weinfurter zu begreifen und die Legaten als päpstliche Funktionselite *par excellence*.

Allein in der Rechtfertigung spielen ständische oder funktionale Überlegungen keine oder geringe Rolle. Im Zusammenhang mit dem Aufgreifen der *corpus-Christi*-Metapher für die Kirche[635] wird von Gregor keine formelle dreigliedrige Ständelehre entwickelt[636], und schon gar nicht erfolgt ein expliziter Rückgriff auf die ›funktionale‹ Dreiständelehre im Stile Adalberos von Laon. Es gibt die bekannte Zweigliederung in Klerus und Laien[637] mit der Neigung, diese beiden *ordines* selbst wieder organisch als in sich gegliederte *corpora* zu verstehen und so z.B. den König als Haupt der Laien[638] einzustufen und ihm damit, nebenbei bemerkt, auch gleich jede eigenständige sakrale Würde abzusprechen. Das Zusammenwirken von oberster geistlicher und oberster weltlicher Gewalt wird mit der gemeinsamen Leitung des menschlichen Körpers durch die Augen verglichen[639], durch Einrichtung zweier *dignitates*, im Verhältnis zueinander wie Sonne und Mond[640], habe Gott »dafür gesorgt, daß die Geschöpfe durch die apostolische und die königliche

635 Reg. VI, 10: »*a toto corpore Christi, quod est ęcclesia catholica*«; Reg. IV, 6: »*unitatem corporis Christi, quod est ecclesia*«; Reg. IX, 29: »*sanctę ecclesię caput totumque corpus*«; vgl. T. Struve – Die Entwicklung der organologischen Staatsauffassung im Mittelalter, S. 99.

636 Nach August Nitschke könnte man Gregors implizite Ständelehre etwa so zusammenfassen: Es gibt eine Zweigliederung in Verantwortungsträger und einfache Christen. Die Verantwortungsträger, denen der körperliche Schutz und die Sorge für das Seelenheil der Vielen anvertraut sind, gliedern sich in Priester, Fürsten und Mönche. Priester und Fürsten verwirklichen im Gehorsam gegen Petrus die ›wahre Liebe‹, die Mönche dagegen die ›wahre Freiheit‹; vgl. A. Nitschke – Die Wirksamkeit Gottes in der Welt Gregors VII., S. 181 f.

637 Reg. II, 2, 4, 47, 52a, 72; III, 10a; IV, 11, 23, 24; V, 14a, 15; VI, 16, 17a; VII, 14a; VIII, 7, 9, 12, 14; IX, 21, 29.

638 Reg. I, 20: »*qui laicorum caput, qui rex est*«. Vgl. U.-R. Blumenthal – Gregor VII., S. 293; B. Szabó-Bechstein – Libertas Ecclesiae, S. 139. Zu Gregors Vorstellungen vom Königtum I.S. Robinson – Authority and Resistance in the Investiture Contest, S. 115 ff.; T. Struve – Die Entwicklung der organologischen Staatsauffassung im Mittelalter, S. 99 ff.

639 Reg. I, 19: »[…] *videlicet, ut sacerdotium et imperium in unitate concordię coniungantur. Nam sicut duobus oculis humanum corpus temporali lumine regitur, ita his duabus dignitatibus in pura religione concordantibus corpus ecclesię spirituali lumine regi et illuminari probatur*« (»daß nämlich die geistliche Gewalt und die höchste Herrschaft in einträchtiger Einheit verbunden werden sollten. Denn wie der menschliche Leib vermittels zweier Augen durch das irdische Licht gelenkt wird, so wird bekanntlich der Leib der Kirche vermittels dieser beider Würden durch das geistliche Licht gelenkt und erleuchtet, wenn sie in reiner Frömmigkeit übereinstimmen.« F.-J. Schmale – Quellen zum Investiturstreit I, Ausgewählte Briefe Papst Gregors VII., S. 47).

640 Literatur zum Sonne-Mond-Vergleich in F.-R. Erkens – Herrschersakralität im Mittelalter, S. 256.

Würde, als verschiedene Ämter, regiert werden«[641]. Die ständische Gliederung wird wesentlich überlagert von einem heilsgeschichtlich gesteigerten Dualismus zwischen den *fideles Petri* (die quer zu den *ordines* und Rängen stehen und Bischöfe, Äbte, Kleriker und Laien gleichermaßen umfassen[642]) und den Feinden der Kirche (*corpus diaboli*[643] bzw. *membra diaboli*[644]) einerseits, andererseits auch durch die traditionelle zwischen *maiores (principes, potentes)* und *pauperes*[645], wobei der Begriff ›Arme‹ auch in einem anderen Sinn gebraucht wird, nämlich als Gemeinschaft der treu für die Kirche kämpfenden – »*nos pauperes Christi*«[646].

Funktionale Reflexionen kann man am ehesten im Zusammenhang mit der Armutsforderung für die *vita communis* als verordnete Lebensform für die Kanoniker vermuten, die nämlich nur ungehindert von persönlichem Besitz ihre Seelsorgefunktion wahrnehmen können[647], bzw. in den Überlegungen, die in einem Brief Gregors an Hugo von Cluny enthalten sind, in welchem letzterer dafür gescholten wird, dem Herzog Hugo I. von Burgund den Eintritt ins Kloster gestattet zu haben. Man kann das deuten als Kritik daran, daß der Herzog damit seine

641 F.-J. Schmale, a.a.O. S. 345; »*providit, ut apostolica et regia dignitate per diversa regeretur officia*« Reg. VII, 25; vgl. dazu F.-R. Erkens, a.a.O. S. 207 f. Ausführungen wie diese sind bei Gregor insgesamt selten. Der Duktus seiner Briefe besteht weniger im Erklären und Rechtfertigen als im konkreten Befehlen und Anordnen.

642 Vgl. z.B. den apostolischen Gruß in Reg. IV, 1; VIII, 7; IX, 21.

643 Reg. VIII, 21.

644 Reg. II, 37, 49; III, 15; IV, 18; V, 10; VI, 16; VII, 11, 14a; VIII, 3, 4, 5, 13, 16; siehe auch Reg. IV, 2, 24; IX, 35 *(membra antichristi)*. Vgl. A. Nitschke, a.a.O. S. 143 ff.; B. Szabó-Bechstein – Libertas Ecclesiae, S. 146; N. Staubach – Der König als membrum diaboli? Die Unterscheidung *membra Christi – membra diaboli* findet sich (i.S. einer Prädestination) übrigens auch in den politisch zu Gregor kontradiktorisch stehenden Traktaten des sog. Normannischen Anonymus; dazu W. Hartmann – Beziehungen des Normannischen Anonymus zu frühscholastischen Bildungszentren, S. 141.

645 Reg. II, 12.

646 Reg. IX, 21. Vgl. U.-R. Blumenthal – Gregor VII., S. 283

647 Argumentiert wird allerdings mit der Vorbildfunktion der Armut Christi (»*pauper noster et pius redemptor*« Reg. VI, 17; vgl. Reg. II, 49 bzw. V, 21) und der Apostel. Vgl. J. Laudage – Gregorianische Reform und Investiturstreit, S. 122 ff. *(Die Kanonikerreform)*, insbes. S. 126: Bei den Bestrebungen, »den Privatbesitz der Kanoniker zugunsten einer *vita apostolica* […] abzuschaffen […] war von großer Bedeutung, daß sich sowohl Hildebrand als auch Nikolaus II. ohne jede Einschränkung für den Verzicht auf persönlichen Besitz aussprachen und daß sie den Rückgriff auf die Urkirche *(ecclesia primitiva)*, auf die Weisungen der Apostel und die Aussagen der Kirchenväter, zum methodischen Grundprinzip für die Erstellung einer neuen kanonischen Lebensordnung erhoben.« U.-R. Blumenthal – Gregor VII., S. 106 ff. *(Hildebrand und die vita apostolica für Kanoniker)*, insbes. S. 113 ff.; S. Weinfurter – Funktionalisierung und Gemeinschaftsmodell; zur funktionalen Perspektive vgl. insbes. ders. – Funktionalisierung und Distanz, S. 30 ff., bzw. ders. – Canossa, S. 76.

ständische Funktion, zu beschützen, die er zuvor in besonders vorbildlicher Weise erfüllt hat, für sein privates Heil aufgegeben hat und, wie Gregor betont, »damit bewirkt, daß hunderttausend Christen den Beschützer entbehren«[648]. Dieser ›Multiplikatoreffekt‹, der die Handlungen der Großen für das Schicksal der Vielen, zumal für deren Seelenheil, auszeichnet, wird von Gregor mehrfach angesprochen[649] und ist auch Ausdruck seiner wiederkehrenden Sorge um die einfachen Leute *(rustici, pauperes, humiles)*[650]. Er verlangte von Fürsten und Bischöfen, »für das ewige Heil ihrer Untergebenen verantwortlich zu sein«[651]. Darüber hinaus ist der Inhalt der Fürstenpflichten ganz traditionell gefaßt: »Die Verteidigung von Unterdrückten, Witwen und Waisen, der Kirche und der Gerechtigkeit, die in anderen Briefen an Laien eingeschärft werden, sind die üblichen Aufgaben aller Mächtigen«[652].

Funktionale Begründungsweisen gehen aber über derlei gelegentliche Allusionen nicht hinaus, die zudem eingebettet scheinen in ganz konservative Ordnungsvorstellungen. Im Vordergrund der Rechtfertigung seiner Auffassung von der wahren Gliederung von Kirche und Welt stehen deutlich andere Muster, in allererster Linie der Zusammenhang von ›Autorität‹ und ›Gehorsam‹, von *auctoritas* und *oboedientia*[653]. Als Grundstein von allem dient die Identifikation Gregors als Papst mit dem heiligen Petrus. Die Intensität dieser Identifikation geht über eine juristisch oder theologisch gefaßte ›Stellvertretung‹ weit hinaus, wenn er z.B. in einen Brief die Bemerkung einstreut: »[…] möge durch mich der heilige Petrus antworten, der häufig in mir, seinem Diener, wie immer dieser beschaffen sein möge, geehrt wird oder Unrecht erleidet«[654]; sie erreicht eine im Grunde nicht mehr überbietbare Totalität[655].

---

648 F.-J. Schmale, a.a.O. S. 305 (»*ut centum milia christianorum careant custode*« Reg. VI, 17); zum Fall Hugos von Burgund U.-R. Blumenthal, a.a.O. S. 285 f.

649 »[…] *multo magis ratio exigit atque usus utilitatis exposcit, ut seminemus caritatem inter maiores, quorum pax aut odium redundant in plurimos*.« Reg. II, 70 (»[…] dann fordert erst recht die Vernunft und verlangt das Bedürfnis nach Nützlichkeit, daß wir Zuneigung unter den Großen säen, deren friedliche Haltung oder Haß auf viele sich auswirkt.« F.-J. Schmale, a.a.O. S. 165); ein ganz ähnlicher Gedanke in bezug auf Heinrich IV. findet sich in Reg. III, 9 formuliert; vgl. auch Reg. VIII, 21.

650 U.-R. Blumenthal, a.a.O. S. 284.

651 A. Nitschke – Die Wirksamkeit Gottes in der Welt Gregors VII., S. 182.

652 U.-R. Blumenthal, a.a.O. Vgl. z.B. das adelige Idealbild in Reg. VI, 20: »*amator iustitię defensor pauperum et propagator pacis*«.

653 A.a.O. S. 287. Vgl. H. Seibert – Das Papsttum und die neuen religiösen Bewegungen im 12. Jahrhundert, S. 149 f.

654 F.-J. Schmale, a.a.O. S. 225 (»[…] *utinam beatus Petrus per me respondeat, qui sępe in me qualicunque suo famulo honoratur vel iniuriam patitur*« Reg. IV, 2).

655 »Gregor war der Überzeugung, dass er in seinen päpstlichen Handlungen mit dem Apostelfürsten eine

»*Auctoritas*« ist der Begriff, der sich wie ein roter Faden durch das gesamte Register seiner Briefe zieht[656], zusammen mit unbedingter »*oboedientia*«[657], in den Augen GREGORS deren Kehrseite, Grundlage für die zahllosen päpstlichen Gebote, Verbote und Ermächtigungen: *per apostolicam auctoritatem* wird befohlen[658] und Gehorsam nicht nur von Legaten, sondern von allen Klerikern, insbesondere Bischöfen einge-

---

Einheit bildete. [...] Dieser Zusammenhang des Papstes mit dem Apostelfürsten hatte auch für das Leben des jeweiligen Papstes seine hohe Bedeutung, indem Gregor nämlich an eine Parallelität der äußeren Geschicke glaubte.« A. Nitschke, a.a.O. S. 156.

656 Z.B. Reg. I, 7, 8, 13, 15, 22, 30, 31, 33, 35, 36, 38, 39, 43, 44, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 55, 57, 60, 65, 67, 69, 73, 80, 81, 82, 84; II, 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 14, 15, 22, 23, 24, 28, 29, 30, 33, 35, 38, 45, 46, 47, 52, 53, 56, 59, 60, 61, 62, 66, 67, 68, 69, 70, 73, 74, 75, 76; III, 2, 4, 7, 8, 9, 10a, 12, 16, 17; IV, 1, 2, 3, 5, 6, 10, 11, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 27; V, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 13, 14, 14a, 16, 18, 19, 20; VI, 1, 2, 3, 4, 5, 5b, 6, 10, 14, 16, 17a, 18, 23, 25, 26, 27, 28, 31, 32, 35, 36; VII, 2, 7, 10, 11, 12, 13, 14a,15, 16, 18, 19, 20, 21, 24; VIII, 1, 2, 5, 6, 12, 15, 17, 19, 21; IX, 1, 7, 9, 14, 18, 19, 24, 29, 35.

657 »[...] daß *oboedientia* bzw. *inoboedientia* zentrale Begriffe in den Briefen Gregors VII. sind, die schon rein quantitativ ins Auge fallen, haben wir es hier doch mit einem Schlüsselwort zu tun [...]« B Szabó-Bechstein – Libertas Ecclesiae, S. 147. Z.B. Reg. I, 17, 20, 22 *(»obędiens usque ad mortem«),* 25, 28, 29, 30 *(»inobędiens«),* 35, 43, 44, 45, 51, 55, 56 *(»si nobis inobędiens fueris«),* 65, 69, 74 *(»subditi et obędientes«),* 81, 84; II, 1, 2 *(»inobędientię crimen«),* 3, 5 *(»debita fides et obędientia«),* 7, 10 (Gehorsam im Verhältnis Bischof – Kleriker), 14, 18, 21, 22, 23, 33, 35, 38, 40, 45 *(»inobędientes«),* 46, 47 *(»pro contumacia inobędientię«),* 52a, 54 *(»peccata inobędientię«),* 55 *(»obędienter«),* 56, 61, 63, 64, 66 *(»inobędientię culpam«),* 67, 68 *(»prompta obędientia«),* 73, 75, 83; III, 8 *(»si non oboediens«),* 9, 10 *(»oboedientiam mandatorum Dei«),* 16, 17; IV, 2, 4, 5, 8, 9, 11, 12, 16, 17 *(»ex inoboedientia«),* 20, 22 *(»voluntam nostram subiectione et abauditione«),* 23, 24 *(»inoboediens factus resistendo sanctę et universali matri ecclesię«),* 27; V, 4 *(»beati PETRI apostolorum principis obedire«),* 7 *(»per veram oboedientiam«),* 8 *(»inoboedientia* [...] *contra auctoritatem sedis apostolicę«),* 9 *(»longo tempore inoboedientia«),*10; VI, 10 *(»inoboedientia, quę sceleri comparatur idolatrię«),* 11, 15, 16, 17, 17a *(»oboediens beato Petro et papę GREGORIO«),* 20, 25, 26, 27, 28, 32 *(»mandatis nostris inoboediens«),* 36, 38; VII, 2 *(»rebelles et inoboedientes«),* 6, 12, 14a *(»Heinricus pro sua superbia, inoboedientia et falsitate a regni dignitate abicitur, ita Rodulfo pro sua humilitate oboedientia et veritate potestas et dignitas regni conceditur.«),* 15 *(»subiectionem et oboedientiam«),* 16 *(»tua inoboedientia, quę vere est idolatria«),* 17, 18 *(»apostolicę sedi inoboedientem«),* 21, 23, 24; VIII, 3, 12 *(»de inobędientia et infidelitate«),* 14, 15, 17, 19, 21, 23; IX, 3 *(»obędientię promissione«),* 5, 9, 14, 16, 20, 23 *(»pro culpa inobędientię«),* 29, 31 *(»diabolico spiritu indurati nostrisque preceptis salutaribus inobędientes«),* 35.

658 An (mindestens) einer Stelle bezeichnenderweise *per apostolicam functionem* (Reg. VII, 24: »[...] *nos canonice correctionis sententia per apostolicam functionem utentes infirmamus infringimus atque cassamus et* [...] *apostolica auctoritate in irritum devocamus*«; »[...] entkräften wir, machen wir ungültig und kassieren wir – indem wir aus apostolischer Amtsobliegenheit nach kanonischem Recht von einem Urteil zwecks Besserung Gebrauch machen – und erklären es mit apostolischer Vollmacht für ungültig [...]« F.-J. Schmale, a.a.O. S. 343. Schmale übersetzt *functio* abseits allen Funktionalismus wohl zutreffend mit ›Amtsobliegenheit‹).

fordert[659], ja letztlich gerechtfertigt durch einen Größenschluß mit der Prämisse, daß der *ordo ecclesiasticus* dem *ordo laicorum* übergeordnet sei, von jedem Christen[660]. Die gedankliche Basis für diesen Standpunkt ist denkbar einfach und beruht auf einer extensiven Interpretation der Sonderstellung der römischen Kirche: Von Christus als einzige unmittelbar gegründet[661] und in besonderer Weise dem heiligen Petrus anvertraut (»*quę beato Petro specialiter commissa est ecclesia*«[662]), ist sie die »*sancta et universalis mater ecclesia*«[663], und *alle* anderen Kirchen gelten als durch die römische gegründet und haben folglich nur mittelbaren Status[664]. Die Vermittlerrolle vererbt sich auf den jeweiligen Inhaber des Stuhles Petri, und das Amt des Papstes ist es, an Petri statt zu handeln und zu gebieten. Flankiert und gesichert wird diese Befehlsbefugnis, die jedem Bischof von Rom zukommt, sofern er nur auf kanonische Weise in sein Amt gelangt ist, durch die garantierte Irrtumsfreiheit des apostolischen Amtsinhabers in Glaubenssachen[665] und die universell und extensiv

---

659 »The key word in Gregory VII's discussion of the responsibilities of bishops is *obedientia.*« I.S. Robinson – ›Periculosus homo‹, S. 111. »Obedience to ›the holy Roman church, mother and mistress of all Christendom‹ was the theme of the letters which Gregory addressed to bishops and clergy.« Ders. – Authority and Resistance in the Investiture Contest, S. 22; S. Weinfurter – Canossa, S. 104.

660 »Die geistliche Gewalt hat Gott zu seiner Ehre geschaffen und aus Barmherzigkeit der Welt gewährt. Christi Priester sind aller Fürsten und Könige Väter und Lehrer. […] Der Sohn Gottes hat Petrus und seinen Nachfolgern die Gewalt gegeben, die Seelen zu binden und zu lösen, das Geistliche, das Himmlische; um wie viel mehr kommt es ihm dann zu, über das Irdische und Weltliche zu verfügen. Dieses ›um so viel mehr‹ ist der Angelpunkt in Gregors Gedankengängen und kehrt in mancherlei Variationen in seinen Briefen und in der gregorianischen Literatur wieder.« G. Tellenbach – Libertas, S. 180f. Vgl. A. Nitschke, a.a.O. S. 160 bzw. H.J. Berman – Recht und Revolution, S. 161: »Gregor ging sehr viel weiter als seine Vorgänger. Er verkündete die juristische Oberhoheit des Papstes über alle Christen und die juristische Überordnung der Geistlichkeit, unter dem Papst, über alle weltlichen Gewalten.«; »In letzter Konsequenz bedeutete dies, daß jeder Christ, ob König oder Bauer, ob Erzbischof oder Mönch, sich zur Rettung seines Seelenheils den Lehren und Anweisungen des römischen Stuhls ohne jede Einschränkung zu unterwerfen hatte.« H. Seibert – Das Papsttum und die neuen religiösen Bewegungen im 12. Jahrhundert, S. 149; vgl. B. Szabó-Bechstein – ›Libertas ecclesiae‹ vom 12. bis zur Mitte des 13. Jahrhunderts, S. 150; dies. – Libertas Ecclesiae, S. 148.

661 J. Laudage – Gregorianische Reform und Investiturstreit, S. 98.

662 Reg. III, 2; vgl. III, 18; IV, 1, 2, 28. Gregors Parteigänger Bonizo von Sutri »explains the pontificate of Peter as the time when the whole Christan religion and all the sacraments including babtism, but not including the eucharist have their origin, under him and his agency.« R. Knox – Finding the Law, S. 464.

663 Reg. I, 7; vgl. Reg. I, 27, 29; II, 49, 63, 70; IV, 11, 20, 24, 27, 28; V, 10, 13.

664 »Die römische Kirche erscheint als das konstituierende Element der *ecclesia.*« B. Szabó-Bechstein – Libertas Ecclesiae, S. 140; vgl. J. Laudage, a.a.O. Siehe auch Reg. IV, 28: »*credimus* […], *quin sancta et apostolica sedes princeps et universalis mater sit omnium ecclesiarum et gentium.*«

665 »*Quod Romana ecclesia nunquam erravit nec imperpetuum scriptura testante errabit.*« Reg. II, 55a, c. 22

gedeutete Binde- und Lösegewalt[666]. GREGOR vertritt *als* Papst PETRUS direkt[667], so wie er durch sein »Alter Ego«[668], den Legaten, direkt vertreten wird (»*vice et auctoritate nostra*«[669]) – der Gedanke der direkten Vertretung von Papst, PETRUS und Legat ist so stark, daß GREGOR auch formulieren kann: der Legat vertritt PETRUS, wenn er – wir würden sagen ›funktional‹ – im Namen des Papstes auftritt[670]. Die Identifikation seines Willens mit dem des heiligen PETRUS (und nebenbei, wenn er urteilt, auch des heiligen Geistes[671]) ist möglich, weil er als Person – »wenn auch unwürdig«[672] – das Amt innehat, das auf Identifikation beruht.

Der resultierende Anspruch auf Gehorsam ist aufs engste verbunden mit dem Monopol auf die Interpretation der ›Wahrheit‹. Christus als die Wahrheit selbst[673] vertraut PETRUS die Kirche an, der die Wahrheit sohin nicht verlieren kann und mit ihm auch nicht seine Amtsnachfolger. GREGORS berühmtes Ausspielen der Wahrheit gegen die Gewohnheit (»Der Herr sagt: Ich bin die Wahrheit und das Leben. Er sagte nicht: Ich bin die Gewohnheit, sondern die Wahrheit.«[674]) und das Herabsetzen letzterer als Rechtsbegriff[675] kulminieren in Verbindung mit dem Ge-

---

(»daß die römische Kirche niemals geirrt hat und nach dem Zeugnis der Schrift in Ewigkeit nicht irren wird.« G. Tellenbach – Libertas, S. 182).

666 »[…] *tanquam apostolicę sedis non esset auctoritas, quoscunque et ubicunque vult, ligare et absolvere.*« Reg. VI, 4 (»[…] als ob der apostolische Stuhl nicht die Vollmacht hätte zu binden und zu lösen, wen immer und wo immer er will.« F.-J. Schmale, a.a.O. S. 281). Die Extension betrifft vor allem die beanspruchte Befugnis, bestehende Eide zu lösen (*Dictatus papae* c. 27: »*Quod a fidelitate iniquorum subiectos potest absolvere.*«); dazu P. Prodi – Das Sakrament der Herrschaft, S. 104 ff.

667 Vgl. Reg. I, 68, 72; IX, 3. Zuweilen auch Petrus und Paulus: »[…] *vice beatorum apostolorum Petri et Pauli nobis licet* […]« Reg. IX, 14.

668 C. Zey – Gleiches Recht für alle?, S. 100.

669 Reg. II, 28.

670 Vgl. Reg. II, 32: »*Si legati nostri, ut putamus, ad partes tuas venerint* […] *vice Petri suscipe vice nostra dilige*« (»Wenn unsere Legaten, wie wir glauben, in Dein Gebiet kommen […] nimm sie an Petri Statt auf, liebe sie an unserer Statt« F.-J. Schmale, a.a.O. S. 131).

671 Vgl. Reg. II, 14; III, 2, 10a; V, 15. Vgl. auch I.S. Robinson – Authority and Resistance in the Investiture Contest, S. 18; R. Knox – Finding the Law, S. 427 f.

672 So die wiederkehrende Demutsgeste, die belegt, daß Gregor zwischen Amt und seiner Person zu unterscheiden wußte; siehe z.B. Reg. I, 72; VI, 35. Vgl. G. Tellenbach – Libertas, S. 62 f.

673 Reg. VI, 13: »*Veritas, quę Christus est*«.

674 Zit. nach H. M. Klinkenberg – Die Theorie der Veränderbarkeit des Rechtes im frühen und hohen Mittelalter, S. 173; »*Dominus dicit: Ego sum veritas et vita. Non dixit: Ego sum consuetudo, sed veritas.*« Gregor VII., Epistolae collectae, ed. Ph. Jaffé, Nr. 50, S. 576. Vgl. S. Weinfurter – Canossa, S. 106; H. Keller – Ordnungsvorstellungen, Erfahrungshorizonte und Welterfassung im kulturellen Wandel des 12./13. Jahrhunderts, S. 267 f.

675 »All through Gregory VII' pontificate, his letters furnish evidence of the role which the antithetical

horsamsanspruch in der Ausbildung eines formellen Häresiebegriffs: Ungehorsam gegen päpstliche Anordnung selbst ist jetzt Häresie und nicht nur das inhaltliche Abweichen von kirchlichen Lehrsätzen: »Ein Häretiker ist der, der nicht mit der römischen Kirche übereinstimmt«[676]. Die Folgen dieser Position zeigen sich nicht nur in aller Vehemenz in der Auseinandersetzung mit HEINRICH IV., sondern auch in einem Umgang mit dem Episkopat aus einem bischöflichen Amtsverständnis heraus, das der Ortskirche kaum noch eine selbständige Position zugestand.

Alles Denken bei GREGOR kreist um die Rechtfertigung und Festigung seiner Spitzenposition innerhalb der »monarchische[n] Struktur der Gesamtkirche«[677]. Das Entscheidende dabei ist, daß diese Spitzenposition so gefaßt wird, daß alle anderen Positionen im Gefüge absorbiert und nivelliert werden und daß die päpstliche Stellung darüber hinaus zum Angelpunkt des ganzen Krichenbegriffs gemacht wird: »Die päpstliche Gewalt ist nicht mehr eine einfache kirchenrechtliche Tatsache; *sie geht in die dogmatische Definition der Kirche ein,* und dies nicht lediglich, um dort *einen* Platz unter anderen einzunehmen, sondern um dort *den* entscheidendsten Platz zu erhalten, den Platz eines konstituierenden Prinzips«[678]. Nicht die oberste Stelle in einer Pyramide relativ selbständiger, hierarchisch gestufter Machtpositionen also, wie man sich spiegelbildlich die Chorordnung der Engel vorstellen darf – sondern der totale Durchgriff auf alle Ebenen[679]. Mehrfach läßt sich der

---

concepts of *canonical truth* […] and of *evil custom* […] played in the Pope's thought.« G. B. Ladner – Two Gregorian Letters, S. 237; vgl. S. Weinfurter – Canossa, S. 106.

676 F.-J. Schmale, a.a.O. S. 343 (»*Ereticum esse constat, qui Romanę ecclesię non concordat*« Reg. VII, 24); vgl. auch *Dictatus papae* c. 26. »Ketzertum ist nicht mehr die Frage einer freischwebenden gesamtkirchlichen Orthodoxie, sondern der Übereinstimmung mit der römischen Kirche und das nicht nur in Fragen des Glaubens, sondern grundsätzlich.« H. Fuhrmann – Das Reformpapsttum und die Rechtswissenschaft, S. 187 FN 29; vgl. Y.M.-J. Congar – Der Platz des Papsttums in der Kirchenfrömmigkeit der Reformer des 11. Jahrhunderts, S. 202; J. Laudage – Gregorianische Reform und Investiturstreit, S. 93; S. Weinfurter – Canossa, S. 113 f. Zur Entwicklung des kirchlichen Häresiebegriffs und zur Rolle von Petrus Damiani bei der Formulierung der Häresie des Ungehorsams siehe O. Hageneder – Die Häresie des Ungehorsams und das Entstehen des hierokratischen Papsttums, S. 33 ff.

677 B. Szabó-Bechstein – Libertas Ecclesiae, S. 140.

678 Y.M.-J. Congar, a.a.O. S. 203.

679 »Das ist ja der Sinn des Universalepiskopates, daß der Papst überall Bischof ist, der Episkopat nur dessen Stellvertretung in den einzelnen Sprengeln innehat.« G. Tellenbach – Libertas, S. 169. Das *proprium ius* der Bischofskirchen, das Gregor gelegentlich anspricht (z.B. Reg. I, 24 bzw. IV, 16), erscheint jedenfalls konzeptionell derart vereinnahmt vom Primatsgedanken, daß man es nicht wirklich als Gegengewicht zur alles absorbierenden Leitungsgewalt des Papstes verstehen kann; vgl. I.S. Robinson – ›Periculosus homo‹, S. 104; ders. – Authority and Resistance in the Investiture Contest, S. 21; einschränkend J. Laudage – Gregorianische Reform und Investiturstreit, S. 100. Vgl. als Beispiel für den beanspruchten Durchgriff die Ablehnung der alten Doktrin, »that a bishop's subject can be judged only

Gedanke bei Gregor VII. belegen, daß er, als Papst, ein unmittelbares Verhältnis noch zum Geringsten der Christen hat, ohne hiefür hierarchische Mittlerpositionen in Anspruch nehmen zu müssen[680]. Diese Verschärfung ist eine charakteristische Innovation des Reformpapsttums: noch für Burchhard von Worms »bildete nicht der Papst, sondern die Bischöfe die entscheidende Instanz innerhalb der Kirche; die päpstliche Gewalt war nicht wesensmäßig von der Gewalt der übrigen Bischöfe unterschieden«[681]. Allenfalls eine *primus-inter-pares*-Stellung im Reigen der anderen Patriarchate und letztlich aller Bischöfe als Nachfolger der Apostel war anerkannt. Inzwischen war aber aus diesem »Ehrenvorrang Roms […] unter den Päpsten der Kirchenreform eine absolut übergeordnete, zur Aufsicht berechtigte und verpflichtete Instanz geworden«[682]. Dieser – juristisch betrachtet – mehr revolutionäre als evolutionäre Übergang[683] – schuf eine völlig neue Rechtsgrundlage für ein auch seiner Qualität (im Sinne seiner Letztbegründung) nach verändertes Recht. Wir können also nicht nur einfach von einem Prozeß der Verrechtlichung

---

by the bishop himself«, durch die gregorianischen Reformer, die darauf bestanden, »that the Roman pontiff can also judge them« (R. L. Benson – Plenitudo potestatis, S. 212). Hierher gehört auch die im *Dictatus papae* (c. 18) verankerte »Möglichkeit der Apellation an den Papst aus der gesamten Kirche […] sie ist auch nicht etwa auf den Rang der Bischöfe beschränkt, sondern steht offenbar jedermann in der Kirche zu. […] Schließlich formuliert der Dictatus [c. 24] ein weiteres Prinzip […] im klaren Gegensatz zu den Regeln der pseudoisidorischen Fälschungen […] daß niedere Weihegrade höhere nicht anklagen dürfen […] indem den Untergeordneten ausdrücklich das Recht zur Anklageerhebung in der Kirche zugestanden wird, allerdings mit dem Vorbehalt einer Erlaubnis des Papstes, so daß auch hier eine päpstliche Letztzuständigkeit gewahrt bleibt und nicht etwa ein Grundrecht von Christen proklamiert wird.« P. Landau – Die kirchliche Justizgewährung im Zeitalter der Reform in den Rechtssammlungen, S. 430 u. 432; vgl. dazu W. Hartmann – Discipulus non est super magistrum.

680 »[…] *sed etiam minimo christiano adiuvante Deo semper studebo sanctam et condignam caritatem custodire.*« Reg. II, 31 (»werde ich […] auch dem geringsten Christen mit Gottes Hilfe heilige und angemessene Zuneigung bewahren.« F.-J. Schmale, a.a.O. S. 125); »*quanto ex universali regimine, quod nobis commissum est, omnium ad nos causa vicinius ac magis proprię spectat.*« Reg. II, 51 (»als aufgrund der universalen Leitung, die uns anvertraut worden ist, die Angelegenheit eines jeden uns näher und unmittelbarer angeht.« F.-J. Schmale, a.a.O. S. 143); »*Si officii nostri est omnibus sua iura defendere* […]« Reg. II, 70 (»Wenn es unser Amt ist, die Rechte aller zu verteidigen […]« F.-J. Schmale, a.a.O. S. 165).

681 W. Hartmann – Autoritäten im Kirchenrecht und Autorität des Kirchenrechts in der Salierzeit, S. 426.

682 U.-R. Blumenthal – Gregor VII., S. 221.

683 Carl Schmitt spricht vom »seltene[n] Beispiel einer legitimen, auch von dem Betroffenen prinzipiell anerkannten Revolution […] die von einem wohlkonstituierten (nicht erst durch die Revolution selbst sich konstituierenden) Organ durchgeführt wurde« (C. Schmitt – Die Diktatur, S. 43); zum ›revolutionären Charakter‹ der ›päpstlichen Revolution‹ siehe H.J. Berman – Recht und Revolution, S. 168ff.; K. Leyser – Am Vorabend der ersten europäischen Revolution.

der Kirche sprechen – das Recht selbst wird in seiner Substanz in diesem Prozeß tiefgreifend verändert, innerlich, durch die Entwicklung neuer Rechtsfiguren, äußerlich durch die neuen Formen systematischer Ordnung und insgesamt durch die Entwicklung neuer Letzbegründungsformen.

Diese Änderung des rechtlichen Ordnungsrahmens hat ihren Ursprung weder in einer bewußt funktionalen noch kanonistisch initiierten Umgestaltung – Gregor war kein Jurist und sein Kirchenverständnis hat auch keinen unmittelbaren Niederschlag im kanonischen Recht gefunden[684] –, sondern im allgemeinen ›Wertewandel‹ im Zuge der Kirchenreform und zugespitzt im unvergleichlichen politisch-theologischen Sendungsbewußtsein dieses Papstes. Sein Amtsverständnis hat die Tür zu ganz veränderten Denkweisen aufgestoßen, mit deren juristischer Präzisierung Generationen von Kanonisten beschäftigt waren, und war insofern wirksamer, als es der Erlaß einzelner Normen hätte sein können[685]. Diesen neuen Deutungshorizont kann man am ehesten als *dezisionistisch* bezeichnen. Das bedeutet nicht, daß Recht deswegen als Befehl aufzufassen wäre – das liegt Gregor fern: auch nicht als päpstlicher Befehl, allenfalls als göttlicher, aber von einem *ius* als *iussum Dei* ist nicht die Rede. Die Ermächtigung im *Dictatus papae* zur Gesetzgebung, zum *novas leges condere*, zielt auf *correctio*, auf Besserung und Wiederherstellung ursprünglichen Rechts, das verdorben wurde durch *malae consuetudines*. Der *Dictatus papae* kann darum auch nur mit dieser deutlichen Einschränkung als »manifesto dell'assulotismo legislativo papale«[686] gelesen werden. Dezisionistisch verdient die Position aber deshalb genannt zu werden, weil dieses wiederherzustellende ursprüngliche Recht seinen Ursprung in der Wahrheit hat, die Christus ist, und in letzter Instanz als legitimen Interpreten einen Einzelnen hat, der dieser Wahrheit in einzigartiger Weise gewiß sein kann. Es ist freilich ein Dezisionismus, der sich der Aporien nicht bewußt ist, die in der Konstruktion einer solchen Spitzeninstanz notwendig verborgen sind. Letzte unanfechtbare Interpretation über die Wahrheit ist souveräne Entscheidung – und dies noch jenseits des Rechts, weil sich alles in einem Ordnungsrahmen bewegt, in dem Sein und Sollen noch gar nicht unterschieden werden muß. Wenn

---

684 Vgl. P. Landau – Die kirchliche Justizgewährung im Zeitalter der Reform in den Rechtssammlungen, S. 429; O. Hageneder – Papstregister und Dekretalenrecht, S. 323 f.; H. Fuhrmann – Das Reformpapsttum und die Rechtswissenschaft, S. 189; C. Zey – Gleiches Recht für alle?, S. 111 f.

685 Sein ›Dezisionismus‹ ist hier insofern langfristig bedeutsam, als in den aufblühenden Rechtswissenschaften eine Intensivierung der Bedeutung der *voluntas* für das Recht spürbar wird – auch abseits der Gesetzgebungstheorie z.B. in der Verschiebung des Definitionsschwerpunktes der *consuetudo* vom *ius non scriptum* zur *tacitas voluntas populi* in der Lehre vom Gewohnheitsrecht; vgl. dazu R. Garré – Consuetudo, S. 66 ff. Zur »Tragweite des *Dictatus* für die Rechtsquellenhierarchie« a.a.O. S. 85 f.

686 M. Ascheri – I diritti del Medioevo italiano, S. 92.

Kritik an der päpstlichen Auslegung der Wahrheit Ungehorsam bedeutet und damit selbst Unwahrheit, dann kann zwischen Wahrheit und dem, was die höchste Instanz als Wahrheit ausgibt, nicht mehr bündig unterschieden werden – darum ist sie souveräne Entscheidung und in diesem Sinn jede extreme papalistische Position auch dezisionistisch. Eine ausformulierte Dezisionismustheorie mit allen Aporien eines Souveränitätskonzepts kann es in dieser Zeit sowenig geben wie eine ausformulierte Theorie des Funktionalismus. Im Gegensatz zum Begriff der Funktion sind aber dezisionistische Zentralbegriffe wie Gehorsam, Autorität oder Spitzenposition im diskursiven Horizont der Zeit sehr wohl erörterbar und, wie die Streitschriften zeugen, auch Gegenstand heftiger intellektueller Auseinandersetzungen.

Recht betrifft die Binnenbeziehungen innerhalb von Ordnungen und das Verhältnis zwischen verschiedenen Ordnungen. Die Veränderung in der Letztbegründung von Recht, der Wechsel vom traditionellen Gefüge miteinander verschränkter Rechtsgewohnheiten, wie es für das Sakralkönigtum ebenso typisch ist wie für konsensuale Herrschaft (Recht als konkrete Ordnung), hin zu Recht als einer Ausdrucksform von Wahrheit[687], über die eine einzige in ihrer Entscheidung unangreifbare Instanz verfügt (Recht als Dezision), ist in ihrer frühen, noch unpräzisen Form, bei Gregor weithin formulierbar vor einem ganz traditionellen sozialen Ordnungsbegriff, wie ein längeres Zitat aus seinen Briefen belegen kann:

> »Daß Grade und verschiedene Ordnungen unterschieden werden, setzte die göttliche Vorsehung nämlich zu dem Zweck fest, daß aus der Verschiedenheit Eintracht entstehe, wechselseitige Beziehung und rechte Verwaltung der einzelnen Ämter hervorgehe, wenn die Geringeren den Mächtigeren Ehrerbietung erwiesen und die Mächtigeren den Geringeren Liebe zuwendeten. Denn das Ganze konnte aus keinem anderen Grund bestehen, als weil derart die große Ordnung der Verschiedenheit es enthielt. Denn daß die Schöpfung in völliger Gleichartigkeit weder gelenkt werden noch existieren kann, das lehrt das Vorbild der himmlischen Heerscharen; denn da es Engel und Erzengel gibt, erhellt, daß sie nicht gleich sind, sondern nach Macht und Rang, wie ihr wißt, der eine sich vom anderen unterscheidet.«[688]

---

687 Vgl. J. Weitzel – Versuch über Normstrukturen und Rechtsbewußtsein im mittelalterlichen Okzident (450–1100), S. 392.

688 F.J. Schmale, a.a.O. S. 317 u. 319 (»*Ad hoc enim divinę dispensationis provisio gradus et diversos constituit ordines esse distinctos, ut, dum reverentiam minores potioribus exhiberent et potiores minoribus dilectionem impenderent, una concordia fieret ex diversitate, contextio et recte officiorum gigneretur administro singulorum. Neque enim universitas alia poterat ratione subsistere, nisi huiusmodi magnus eam differentię ordo servaret. Quia vero creatura in una eademque ęqualitate gubernari vel vivere non potest, cęlestium militarum exemplar nos instruit, quia, dum sint angeli sint archangeli, liquet, quia non ęquales sunt, sed in potestate et ordine, sicut nosti, differt alter ab altero.*« Reg. VI, 35).

Keine funktionale Ordnungsgliederung also. Daß die kirchliche Ordnungsidee Gregors trotz dieser Verwurzelung in überkommenen Denkformen und dem eigenen Anspruch, Bewahrer und zuweilen Wiederhersteller der Tradition zu sein[689], dennoch als völlig unvereinbar mit den Ordnungsvorstellungen des kaisertreuen deutschen Episkopats angesehen wurde, liegt darin, daß die wie Puzzlesteine ineinandergreifenden Deutungen Gregors von Autorität, Gehorsam, Stellvertretung, Universalität, Amt, Liebe[690] u.s.f. einen Fluchtpunkt in seinem Willen aufweisen, die ihn fast schon souverän erscheinen lassen. Gregor hat so die im Instrument der Legation seit jeher angelegte juristische Figur der direkten Stellvertretung nicht als Rechtstheoretiker formuliert, sondern schlicht *in praxi* als politisches Instrument genutzt, ihm damit einen intuitiven, durch die Betonung seines Willens besonders stark akzentuierten, aber deswegen nicht juristisch präzisen Inhalt gegeben[691]. Gleiches gilt für Begriffe wie *libertas ecclesiae* oder der *plenitudo potestatis* oder die formelle Gesetzgebungsbefugnis, die ebenfalls ihre rechtlich präzise Fassung erst später erhalten haben.

Die Art und Weise, wie hier Ordnungsideen die soziale Wirklichkeit prägen und auf die ideelle Seite z.B. in sich ändernden Rechtsbegriffen zurückwirken, ist aber das genuine Thema der ›Ordnungskonfigurationen‹ i.S.v. Stefan Weinfurter[692]. Dazu ist es aber notwendig und, wie das Beispiel des Reformpapsttums zeigt, auch möglich, die Ordnungsideen gemäß ihrer eigenen Logik und Begründungsweisen zu verstehen. Es muß versucht werden, ein Stück Zeitbewußtsein innerhalb der dieser Zeit eigenen Kategorien verständlich zu machen oder doch so zu rekonstruieren, daß die eingehenden Verfremdungen kontrollierbar bleiben – was im Rückgriff auf einen zeitlos-universell verstandenen Funktionsbegriff gerade nicht der Fall ist. Entsprechend wäre beim krisenhaften Aufeinandertreffen unverein-

689 »In Gregor als Papst war die Tradition geborgen; er bewahrte sie; wo aber etwas der Kirche Abträgliches eingedrungen war […] so hielt er sich für berechtigt, es abzustellen.« H. Fuhrmann – Das Reformpapsttum und die Rechtswissenschaft, S. 190. Gregors Äußerungen »legen ein im Grunde traditionelles Weltbild und eine konservative Einstellung nahe, derzufolge die oberste Aufgabe des Papstes in der Durchsetzung und Wahrung der Tradition bestand. […] Auf der anderen Seite aber setzte sich Gregor, aus der subjektiven Überzeugung eines höheren Rechts des Apostels Petrus und seiner Nachfolger heraus, wenn nötig, über die Tradition hinweg.« H.W. Goetz – Tradition und Geschichte im Denken Gregors VII., S. 140.

690 Auch die Liebe *(dilectio)* ist fest in das Begriffssystem eingebunden und dem Gehorsam untergeordnet; A. Nitschke – Die Wirksamkeit Gottes in der Welt Gregors VII., S. 162 ff. u. S. 182 ff.; Gregor meint sogar, sie gegebenenfalls befehlen zu können: vgl. Reg. VII, 13: »[…] *iubemus, ut in illum dilectio tua quibus valebat modis insurgat.*«

691 Zur Entwicklung des Legatenrechts I.S. Robinson – The Papacy 1073–1198, S. 147 ff.; K. Ruess – Die rechtliche Stellung der päpstlichen Legaten bis Bonifaz VIII., insbes. S. 116 ff.; R.A. Schmutz – Medieval Papal Representatives.

692 S. Weinfurter – Canossa, S. 111 f.

barer Ordnungskonfigurationen unmittelbar aus den wechselseitigen Vorhaltungen und widerstreitenden Begründungen und deren Struktur etwas zu lernen[693]. Was im Bewußtsein der Zeit sich spiegelt, ist eben dieses Aufeinandertreffen unverträglicher Ordnungen und Rechtfertigungen – das Echo der Empörung über die wechselseitigen Anmaßungen kann man bis heute in den Quellen vernehmen – und nicht, daß die Kirche mit dem funktional umdefinierten Papstamt und der Schaffung einer Funktionärselite von Kanzlisten, Kardinälen und kurialen Legaten eine autopoietische Schließung vollzogen habe, in der sie sich als ausdifferenziertes Kommunikationssystem verselbständigt habe. So kann man den Vorgang vielleicht systemtheoretisch rekonstruieren, mit Gerd Tellenbachs »Ringen um die rechte Ordnung in der Welt«[694] steht man dem Zeitempfinden vermutlich doch näher. Insofern ist Heinrichs IV. ererbtes Sakralkönigtum auch nicht daran gescheitert, daß »er funktional nicht zu den Betenden gehörte«[695], sondern eher daran, daß sich der landeskirchlich-episkopale Kirchenbegriff, mit dem das Sakralkönigtum organisch verbunden war, nicht in vergleichbarer Weise mit einem aggressiv-willensbasierten Herrschaftskonzept wie auf römisch-päpstlicher Seite verbinden ließ. Wie Brigitte Szabó-Bechstein dargetan hat, waren in den Reihen der Königstreuen, selbst der entschiedensten Verteidiger einer königlichen Berufung zur Kirchenführung einschließlich des Königs selbst, schon viel zu viele Konzessionen an den neuen römischen, enger organisatorisch ausgelegten *ecclesia*-Begriff einer Kirche unter monarchischer Führung des Papstes erfogt[696], als daß das herrschersakrale Element eine ähnlich dominante Stellung noch hätte erringen und der König eine protosouveräne Position gleichsam als *rex imperator ecclesiae in regno suo* po-

693 Insofern ist Paolo Prodi vielleicht partiell zu widersprechen, wenn er meint, die Analyse des Eides sei »nützlicher als jede Theoretisierung über so flüchtige Texte wie den ›Dictatus papae‹ oder die soundsovielte Reflexion über Canossa und die Absetzung Heinrichs IV. oder noch eine Neuinterpretation der wunderschönen Texte [...] in den ›Libelli de lite‹ [...]« (ders. – Das Sakrament der Herrschaft, S. 106); diese Texte werden immer wieder neu zu interpretieren sein, und für die Ordnungskonfigurationen wird wichtig sein, aus ihnen heraus die Ordnungsideen und v.a. die Begründungsweise und argumentative Logik, die selbst ein Teil der zu verstehenden Ordnung ist, zu verstehen. Auch das Verständnis einzelner Institutionen (wie z.B. des Eides) ist ja nur vor diesem Hintergund möglich.

694 G. Tellenbach – Libertas, S. 1.

695 S. Weinfurter – Ordnungskonfigurationen im Konflikt, S. 94. Die ›Betenden‹ spielen überdies, wie David Fraesdorff gezeigt hat, ideologisch in der zweiten Hälfte des 11. Jahrhunderts keine Rolle mehr: »Um die Mitte des 11. Jahrhunderts war der Zenit der funktionalen Dreiteilung überschritten: das Deutungsschema sollte keine systematische Erörterung mehr erfahren [...] Wenn die dürftige Quellenlage nach 1050 eine Bewertung zuläßt, dann die, daß die ›oratores‹-Theorie in diesen Jahrzehnten offensichtlich eine Einbuße an Popularität erlitt.« Ders. – Beten für die Gesellschaft, S. 25.

696 B. Szabó-Bechstein – Libertas ecclesiae, S. 211 ff.; vgl. G. Tellenbach – Libertas, S. 163 f.

litisch hätte begründen können. Die alte, harmonisierende Position eines Nebeneinanders von zwei Häuptern oder zwei Schwertern und einer Konkordanz von *regnum* und *sacerdotium* stand angesichts der Schärfe des dezisionistischen Zugriffs päpstlicherseits von vornherein auf verlorenem Posten. Eine kontradiktorische Gegenposition zu zentralen Grundgedanken GREGORS VII., die die herrschersakralen Momente intensiviert und weiterentwickelt, ist zwar konsistent formulierbar und in den singulär überlieferten Schriften des sog. NORMANNISCHEN ANONYMUS[697] – jenes »grundsätzlichste[n] Sachwalter[s] des Episkopalismus gegen den mächtig ausgreifenden Paplismus in jenem ganzen Zeitalter«[698], wie GERD TELLENBACH ihn nennt – auch politisch-theologisch ausformuliert worden, doch hat es auf königlicher Seite niemals einen Versuch gegeben, politisch auf eine derartige Flucht nach vorn in ein übersteigertes Sakralkönigtum zu setzen[699]. Statt dessen wurde ein anderer Weg beschritten, der unter Rückgriff auf das römische Recht auf eine weltliche Legitimation der Herrschaftsgewalt zielte[700].

---

697 Bestritten wird insbesondere der innerkirchliche Primat des römischen Bischofs (B. Szabó-Bechstein, a.a.O. S. 214ff.; G. Tellenbach – Libertas, S. 174). Zum Normannischen Anonymus G.H. Williams – The Norman Anonymous of 1100 A.D.; T. Struve – Die Stellung des Königtums in der politischen Theorie der Salierzeit, S. 232ff.; K. Pellens – Das Kirchendenken des Normannischen Anonymus und dessen ›Gesamtausgabe‹ der Traktate in: ders. – Die Texte des Normannischen Anonymus; Kritik an Pellens Textedition und Interpretation bei W. Hartmann – Beziehungen des Normannischen Anonymus zu frühscholastischen Bildungszentren. Auf die vielfältigen Probleme und Fragen im Zusammenhang mit diesen Texten (Identifikation des Verfassers, Einheit der Verfasserschaft, Zweck der Texte – handelt es sich um politische Schriften oder didaktische Übungen? etc.) braucht hier nicht eingegangen zu werden. Es genügt, sie als Beispiel für ein landeskirchlich und pointiert antigregorianisch orientiertes Ordnungsdenken zu nehmen, dessen Argumentationsweise und gerade auch deren manchmal despektierlich bewertete dialektische Struktur (vgl. die Kritik daran bei W. Hartmann, a.a.O. S. 130) für die zeittypischen Denkweisen in Ordnungskonfigurationen bedeutsam ist.

698 G. Tellenbach – Die Bedeutung des Reformpapsttums für die Einigung des Abendlandes, S. 138.

699 In den Texten des Normannischen Anonymus, vor allem im Traktat J 24 *De consecratione pontificum et regum* (in: Die Texte des Normannischen Anonymus, ed. K. Pellens, S. 129ff.), wird die Laiennatur des Königs ganz entschieden bestritten und im Gegenteil die Herrschersakralität in sonst nicht gekannter Weise gesteigert. Zwischen den beiden Gesalbten des Herrn *(christi Domini)* gibt es für den Normannischen Anonymus einen charakteristischen Unterschied: der König repräsentiert die *göttliche* Natur Christi, der Bischof (Priester) hingegen nur die *menschliche* (»*Sacerdos quippe aliam prefigurabat in Christo naturam – id est: hominis – rex aliam – id est: Dei.*« A.a.O. S. 132). Ernst H. Kantorowicz bringt diese Theorie auf den Begriff »politische Christologie« (E.H. Kantorowicz – Deus per naturam, Deus per gratiam, S. 155).

700 »Erst die breite Rezeption des römischen Rechts und der Einsatz gelehrter Juristen wiesen neue Wege zum monarchischen Staatsverständnis.« S. Weinfurter – Ordnungskonfigurationen im Konflikt, S. 100; »Auf lange Sicht bot der weltlichen, vor allem aber der kaiserlichen Herrschaft die Rezeption des römischen Rechts, die im 11. Jahrhundert einsetzte […] die Chance, ein von den kirchlichen Lehren unabhängiges säkulares Herrschaftsverständnis zu entwickeln […]« F.-R. Erkens – Herrscher-

Doch zurück zu Stefan Weinfurters Funktionsbegriff. Dieser trägt Züge einer soziologischen wie einer systemtheoretischen Verwendungsweise und die mathematische wird zumindest berührt. Was letztere angeht, so deckt sich das wiederholte Aufgreifen des Begriffs ›Funktionswert‹[701] zwar nicht mit der Verwendungsweise des Mathematikers, wenn dieser vom Wert oder Wertebereich einer Funktion f(x) spricht, aber es ist doch, ebenso wie bei ›Heilswert‹[702] oder ›Frömmigkeitswert‹[703] bei Weinfurter deutlich das Konzept einer quantitativen Ordnungsrelation angesprochen. So wird z.B. das Verhältnis von Klerus und Laien (oder ähnlich das von Weltklerus und Mönchen) nicht als qualitative Rangfrage behandelt (›wem steht in der Wertehierarchie der vornehmere Platz zu?‹), sondern als vergleichsweise abstrakte quantitative Bewertung innerhalb von Funktionszusammenhängen (›Der quantitative Wert bemißt sich nach dem Nutzen der zu erfüllenden Funktion‹), wenn es heißt: »Vom Funktionswert her gesehen, stand der Klerus über allen anderen, denn er sorgte für das ewige Leben der Menschen«[704]. Die Funktionszusammenhänge, um die es geht, sind dabei an einem soziologischen Funktionsbegriff ausgerichtet[705]. Die Soziologie verfügte von Anfang an über einen (aus der Biologie übernommenen) Funktionsbegriff[706], der hier hilfswissenschaftlich in das Begriffsarsenal des Historikers übernommen ist. Ein typisches Beispiel: »Rangdemonstrationen, Rituale und Inszenierungen bestimmter Ordnungsvorstellungen hatten die *Funktion*, immer wieder das Moment der Transpersonalität oder der Autorität herbeizuführen«[707], oder

---

sakralität im Mittelalter, S. 210; vgl. dazu T. Struve – Die Salier und das römische Recht; ders. – Die Stellung des Königtums in der politischen Theorie der Salierzeit, S. 234 ff.; H.H. Anton – Anfänge säkularer Begründung von Herrschaft und Staat im Mittelalter.

701 »Die Verwaltung der göttlichen Gesetze und der Sakramente, die priesterliche Fürsorge für das Seelenheil der Menschen und die damit verknüpfte höchste Verantwortung vor Gott beim Letzten Gericht hob den Funktionswert der kirchlichen Amtsträger über alle anderen Menschen und Funktionsgruppen.« S. Weinfurter – Ordnungskonfigurationen im Konflikt, S. 94; siehe auch ders. – Funktionalisierung und Gemeinschaftsmodell, S. 109.

702 A.a.O. S. 108; ders. – Funktionalisierung und Distanz, S. 25.

703 S. Weinfurter – Funktionalisierung und Gemeinschaftsmodell, S. 109.

704 S. Weinfurter – Canossa, S. 76.

705 Siehe z.B. folgende Wörterbuchdefinition: »Funktion: ein in der Soziologie methodologisch gebildeter Grundbegriff der Sozialwissenschaft, bezeichnet den Beitrag, den eine im Forschungsprozeß isolierte soziale Erscheinung (z.B. eine Handlung, eine Rolle, eine Institution, ein System) für die Beschaffenheit, Stellung, Veränderung oder [...] Auflösung einer anderen sozialen Erscheinung niedrigerer (z.B. eine Rolle für eine Handlung), gleicher (z.B. ein System für ein System), meistens jedoch höherer (z.B. eine Institution für ein System) organisationeller Komplexität leistet.« G. Endruweit, G. Trommsdorff (Hrsg.) – Wörterbuch der Soziologie, S. 175.

706 U. Poerschke – Funktion als Gestaltungsbegriff, S. 45. Siehe auch den Sammelband J. Jetzkowitz, C. Stark (Hrsg.) – Soziologischer Funktionalismus.

707 S. Weinfurter – Funktionalisierung und Distanz, S. 18 (Hervorhebung nicht im Original).

ein anderes: »In der politischen Wirklichkeit des 10. Jahrhunderts war die *Funktion* des Königs insbesondere vom ›Einheitsproblem‹ bestimmt. Es ging darum, das [...] aus einer Notgemeinschaft entstandene ostfränkische und noch namenlose Reich zusammenzuhalten. [...] Dieser *Funktionszusammenhang*, in dem der ottonische Herrscher stand, führte dazu, daß die ottonische Königsepoche auf die Individualisierung des Herrschers ausgerichtet war«[708]. Diese legitime Verwendungsweise des Funktionsbegriffs ist ganz unabhängig von der oben kritisierten Verwendung des Funktionsbegriffs im Rahmen der Annahme einer Funktionalisierung der Gesellschaft im Gefolge des Ständemodells Adalberos von Laon. Die funktionalistische Perspektive als theoretische Haltung des Wissenschaftlers zielt auf Erkenntnisgewinn durch die Differenzierung von Struktur und Funktion bzw. von System und Funktion, »die *funktionalistische* Theorie verknüpft sich mit einer Systembetrachtung: Funktionalisten fragen nach den Beiträgen einzelner Elemente für die Erhaltung des Gesamtsystems«[709]. Die Änderung in der Struktur des ottonischen Reiches im Verhältnis zum karolingischen, um beim oben aufgegriffenen Beispiel zu bleiben, wird so in Beziehung gesetzt zur besonderen Funktion, die der König in der konkreten historischen Situation zu erfüllen hat, die Einheitsstiftung im Reich. Funktionsbetrachtung ist auf diese Weise immer zugleich Systembetrachtung – Funktion und System gehören zusammen, wie es sich auch im Sprachgebrauch Weinfurters spiegelt, der mannigfach von ›System‹[710], ›Ordnungssystem‹[711], ›Herrschaftssystem‹[712],

708 S. Weinfurter – Zur ›Funktion‹ des ottonischen und salischen Königtums, S. 350 f. (Hervorhebungen nicht im Original).

709 M. Prisching – Soziologie, S. 446; vgl. N. Luhmann – Funktionale Methode und Systemtheorie.

710 »Die Ordnungsrituale, von Gerd Althoff unter der Bezeichnung ›Spielregeln‹ zusammengefaßt, stützten das System. Das entscheidende Instrument aber, über das der Herrscher verfügte, war die ›Gnade‹. Mit dem Einsatz seiner *gratia* konnte er das System steuern, im Gleichgewicht halten.« S. Weinfurter – Investitur und Gnade, S. 109. ›System‹ meint hier das Ganze der Gesellschaft oder zumindest die politische Organisation. In diesem Sinne gebraucht etwa auch Georges Duby den Begriff System (ders. – Die drei Ordnungen, S. 91), und die Begriffsverwendung steht in engem Zusammenhang mit funktionaler Betrachtung. Duby geht z.B. auf die »Bischofsfunktion im Verhältnis zur Königsfunktion« ein (a.a.O.). Weinfurter spricht weiters vom »System der zeremonialen Ordnung und der Rituale« (ders. – Autorität und Herrschaftsbegründung ..., S. 49), vom »System der Reichs-Bischofskirche« (a.a.O. S. 61), von einem »System rechtlicher Vielfalt und Präzisierung im Verhältnis Herr und Vasall« (ders. – Investitur und Gnade, S. 117) oder vom »System rechtlich definierter Pflichten und Rangstufen« im Lehenswesen (B. Schneidmüller, S. Weinfurter – Ordnungskonfigurationen, S. 11). Selbstverständlich bilden die Stände der funktionalen Dreiständelehre in ihrem Zusammenspiel ein ›System‹: »Alle drei Stände waren also in einem Gesamtsystem aufeinander bezogen, um damit einem höheren Ziel, dem Wohl der gesamten Gesellschaft, zu dienen.« (S. Weinfurter – Funktionalisierung und Distanz, S. 26 f.).

711 S. Weinfurter – Investitur und Gnade, S. 108, 114, 116, 123; ders. – Ordnungskonfigurationen im Konflikt, S. 88, 94; ders. – Funktionalisierung und Distanz, S. 28.

712 S. Weinfurter – Investitur und Gnade, S. 113, 117.

›Reichssystem‹[713], ›Regelsystem‹[714] usf. spricht. Die soziologische Verwendung des Funktionsbegriffs ist so immer in einen – mehr oder minder theoretisch explizierten – systemtheoretischen Kontext eingebettet. Systemtheorie ihrerseits zielt aber auf Modellbildung, »die Systemtheorie ist eine bestimmte Art, die Wirklichkeit zu modellieren: sie steht im Spannungsfeld zwischen der realen Existenz von Systemen und der bewußten Konstruktion von Untersuchungseinheiten«[715]. Für den Historiker bedeutet das, daß er sich immer bewußt sein muß, mit einer funktionalen Betrachtungsweise Modellbildung zu betreiben, und daß die erkannten Funktionszusammenhänge solche des modellierten Systems – des ›Modell-11. Jahrhunderts‹ gewissermaßen – sind. Es macht aber einen großen Unterschied, ob die Verhältnisse und ihr Wandel im 11. und 12. Jahrhundert, welchen Ursachen und welcher Rationalität sich diese immer verdanken mögen, aus der Distanz nach ihrer Funktion befragt und danach systemisch modelliert werden oder ob ein diskursiv ausgebildeter, reflexiver und in der Metaphysik des betreffenden Zeitalters eingebetteter Funktionalismus selbst der Motor der Veränderungen ist. Letzteres ist angesichts des in dieser Zeit erreichten Abstraktionsniveaus nicht anzunehmen. Hier liegt der Kern des Problems. Selbst wenn man die Welt des Hochmittelalters als eine Welt ›real existierender‹ Systeme nimmt, so gehört die funktionale Analyse methodisch immer noch dem Modellsystem an, das der Historiker sich erarbeitet, und nicht der Objektsphäre selbst. Sie ist Instrument des einen Systems, des Wissenschaftsystems, das sich ein Bild, ein Modell von einem anderen System macht, der Gesellschaft im 11. Jahrhundert, oder dem Reich, der kurialen Verwaltung oder was immer man als Objekt wählen mag[716]. Bei dieser Systemdifferenz ist entscheidend – worauf Niklas Luhmann hingewiesen hat –, daß »die Wissenschaft bei ihrer Analyse begriffliche Abstraktionen [benutzt], die dem konkreten Milieuwissen und der laufenden Selbsterfahrung des beobachteten Systems nicht gerecht werden. […] Als Technik wissenschaftlicher Beobachtung und Analyse läßt die funktionale Methode ihren Gegenstand also komplexer erscheinen, als er für sich selbst ist«[717]. Von erkannten Funktionszusammenhängen darf also nicht (vorschnell)

---

713 A.a.O. S. 123

714 S. Weinfurter – Autorität und Herrschaftsbegründung des Königs um die Jahrtausendwende, S. 49, 61; ders. – Zur ›Funktion‹ des ottonischen und salischen Königtums, S. 349, 361; ders. – Idee und Funktion des ›Sakralkönigtums‹ bei den ottonischen und salischen Herrschern (10. und 11. Jahrhundert), S. 106.

715 M. Prisching – Soziologie, S. 445.

716 Diesen instrumentellen Charakter betont z.B. Luhmann: »Funktionale Analysen können sich auf jedes Sozialsystem beziehen, z.B. auf die Gesellschaft im ganzen, auf ihr politisches System, auf die bürokratische Verwaltung in diesem System, auf einzelne Ressorts, einzelne Behörden, einzelne Referate oder Ausschüsse, ja selbst auf einzelne Konferenzen.« N. Luhmann – Funktionale Methode und juristische Entscheidung, S. 282.

717 N. Luhmann – Soziale Systeme, S. 88.

auf deren prinzipielle Erkennbarkeit im Objektsystem geschlossen werden: So kann »die funktionale Analyse über ›latente‹ Strukturen und Funktionen aufklären – das heißt: Relationen behandeln, die für das Objektsystem nicht sichtbar sind und vielleicht auch nicht sichtbar gemacht werden können, weil die Latenz selbst eine Funktion hat«[718].

Damit ist vielleicht der Punkt erreicht, an dem das Konzept der Ordnungskonfigurationen seinen methodisch ausgezeichneten Platz gewinnen könnte, indem dieses nämlich gezielt als komplementäre Herangehensweise im Verhältnis zur funktionalen Analyse und Systemmodellierung aufgefaßt wird. So verstanden wäre bei den »Ordnungen und Ordnungsvorstellungen«[719] gleichermaßen umfassenden ›Ordnungskonfigurationen‹ das Hauptaugenmerk auf die Aufklärung der inneren Sachlogik zu lenken, d.h. die innere Gestalt der realen Ordnungsgefüge einerseits, wenn sich diese etwa als Ordnung von Ritualen erweist, oder auf der ideellen Seite die Ordnung der Begriffe und Argumente. Jedenfalls aber muß es ein Zugang sein unter ausdrücklicher Beachtung und Einbeziehung der Einbettung all dieser Ordnungen in die Metaphysik des jeweiligen Zeitalters. Insofern ist es ein glücklicher Umstand, daß beim programmatischen Aufriß im Band *Ordnungskonfigurationen im hohen Mittelalter* von Stefan Weinfurter und Bernd Schneidmüller der Funktionsbegriff in keiner Weise aufgegriffen wird. Im komplementären Ansatz wäre nicht nach der Funktion zu fragen, sondern die zur Beschreibung und Verteidigung von Ordnungsvorstellungen herangezogenen Begriffe, Argumente, Topoi und Rechtfertigungsfiguren wären auf ihren inneren Zusammenhang hin zu untersuchen: Was erwartet man von einem Argument[720]? Was ist in den Augen der Zeitgenossen begründungsbedürftig und was nicht? Wie wird begründet und wie wird in den sich wandelnden Begründungen Altes mit Neuem verbunden, wo wird Hergebrachtes bloß umgedeutet, wo sind ganz neue Muster anzutreffen? Dabei wäre vor allem auf das in modernen Augen Befremdliche zu achten. Vermeintliche Weitschweifigkeit im Begründen könnte ihre Ursache darin haben, daß wesentliche Faktoren der argu-

718 A.a.O. S. 88f.

719 M. Kintzinger – Ordnungskonfigurationen im hohen Mittelalter, S. 414.

720 Siehe z.B. die Bemerkung von Gerd Althoff zur mittelalterlichen Historiographie, »daß wir die diversen Argumentationstechniken, wie sie im Mittelalter für unterschiedliche Diskurse und Diskursebenen gültig waren, nicht mehr kennen. Uns fehlt […] der Einblick in die Technik des diskursiven Ringens um politische Entscheidung, wie sie in den unzähligen Beratungen des Mittelalters praktiziert worden sein muß. […] Und auch die Argumente erfüllen zumindest teilweise nicht die Anforderungen, die wir an Argumente stellen. Diese nicht berücksichtigten Unterschiede haben in der Forschung nicht zuletzt zu der Einschätzung geführt, mittelalterliche Geschichtsschreibung sei episodisch und nicht argumentativ. […] Nicht alle Argumente des Mittelalters akzeptieren wir heute noch als Argumente.« G. Althoff – Das argumentative Gedächtnis, S. 129ff.

mentativen Ordnung in ihrem Gewicht nicht richtig eingeschätzt werden. Ebenso könnte das Fehlen von Argumenten, die man aus moderner Sicht erwarten würde, seine Ursache in einer falschen Einschätzung der Abstraktionsmöglichkeiten der untersuchten Epoche haben. Es muß, um das innere Gefüge von Ordnungskonfigurationen zu verstehen, nicht nur die *causa scribendi* einzelner Texte, sondern auch die gesamte inhärente argumentative Logik in Beziehung zu allgemeinen zeittypischen Ordnungsvorstellungen aufgeklärt werden. Die darauf aufbauende modellhafte Rekonstruktion der mittelalterlichen Welt müßte trachten, die wesentlich semioralen Bedingungen dieser Ordnungen im begrifflichen Gefüge, soweit möglich, zu erhalten bzw. die Bedeutung und Rolle der zunehmenden Verschriftlichung für die innere Ordnung in der Umbruchszeit des 11. und 12. Jahrhunderts zu erfassen. Es sollte daher nicht von ›Regeln‹ oder ›Spielregeln‹ ausgegangen werden (allenfalls metaphorisch, weil der Begriff ALTHOFFS sich zwischenzeitlich eingebürgert hat), nicht von Funktion, Norm, Struktur oder System. Die Rekonstruktion müßte, soweit die Quellenbegriffe wegen ihres zu großen Bedeutungswandels nicht mehr sinnvoll gebraucht werden können, eine »wissenschaftlich kontrollierte Terminologie«[721] und innerhalb dieser geeignete Distanzbegriffe entwickeln, wie es z.B. mit dem Begriff der Rechtsgewohnheiten erfolgreich geschehen ist. ›Ordnungskonfiguration‹ wäre dann der umfassende Distanzbegriff, mit dem versucht würde, mittelalterliche Ordnungen und deren innere Logik möglichst zeitnahe und zugleich mit deutlichem Hinweisen auf die Differenz zu modernen Denkweisen zu erfassen.

Das ergänzende Verhältnis, in dem nach dem hier vorgebrachten Vorschlag funktionale Analyse und Erschließung von Ordnungskonfigurationen zueinander stehen sollten, entspricht dem zweier Perspektiven auf denselben Gegenstand, einer Außenperspektive und einer (imaginierten) Perspektive von innen, die der Sicht der beteiligten Akteure näher steht. Zwar laufen beide Betrachtungsweisen auf Modellbildung hinaus, doch in unterschiedlicher Weise. Beide haben es mit gesellschaftlichem Wandel zu tun, doch während es der funktionalen Methode zukommt, die gesellschaftliche Differenzierung und darin die Ausbildung neuer Organisationsformen einschließlich der rechtfertigenden Ideen tendenziell in abstrakter Form zu beschreiben, werden in Ordnungskonfigurationen die relevanten Ordnungsvorstellungen und ihr Wandel immer innerhalb der konkreten ›lebendigen‹ Ordnungen zu thematisieren sein, d.h. immer auch situativ: »Das Zusammenwirken konkurrierender Ordnungsvorstellungen ist nicht ›an sich‹ in den Quellen erkennbar, sondern offenbart sich nur in der Interaktion von Menschen in je spezifischen Situationen«[722]. Das Zusammenspiel

721 R. Koselleck – Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung, S. 15.

722 K.v. Eickels – Tradierte Konzepte in neuen Ordnungen, S. 97; im Text weiter: »Um den Wandel von

von ›Alt‹ und ›Neu‹ in den Ordnungsideen muß dabei im Vordergrund stehen: Wo und wie tauchen neue Argumentationsformen in den tradierten Mustern auf, wie verändert die neue Idee den traditionellen Rahmen, der dem Buchstaben nach bestehen bleiben mag? Welcher politische Handlungsrahmen wird dadurch eröffnet, und wie reagieren soziale Institutionen innerhalb derselben Ordnungskonfiguration und in den konkurrierenden darauf? In den oben behandelten Beispielen (Ständemodelle um die Jahrtausendwende, gregorianische Reform) müßte unter diesem Blickpunkt das eher Transitorische dieser Phänomene zum Vorschein kommen, bei GREGOR VII. etwa das Neben- und Ineinander von konservativem Argumentationsarsenal mit innovativen Vorstellungen und Handlungsweisen. Der Ansatz der Ordnungskonfigurationen ist dann geglückt, wenn es gelingt, diese Widersprüche zu entparadoxieren, d.h. z.B. verständlich zu machen, wie ein gregorianisch gesinnter Kirchenreformer denken muß, um das Zusammenspiel von ›Alt‹ und ›Neu‹ in seiner Argumentation erst gar nicht als Widerspruch zu empfinden, oder mit welchen Grenzen in der Überzeugungskraft seiner Argumente ein Verteidiger des sakralen Königtums beim Gegner, vor allem aber auch in den eigenen Reihen, zu rechnen hat. Erst wenn die jeweilige argumentative Logik verstanden ist, in ihren Stärken und Schwächen, in ihren Möglichkeiten und ihrer metaphysischen Verwurzelung, in ihrer institutionenverändernden Kraft wie in den Grenzen, die sie in der sozialen Realität findet, läßt sich das Zeitbedingte an den sozialen Ordnungen begreifen, am jeweils herrschenden »mentalen Habitus«[723], den großen zeittypischen Institutionen bis zu den konkreten sozialen Praktiken und wie diese und ihr Wandel in das sich fügen und verwandeln, was wir *ex post* betrachtet nicht anders denn als Entwicklungslinien oder Entwicklungstendenzen wahrnehmen können.

Ein Vergleich von Ordnungskonfigurationen und konkreter Ordnung im Sinne des hier weiterentwickelten konkreten Ordnungsdenkens zeigt, daß beide Begriffsbildungen nicht deckungsgleich sind und sein können, weil konkrete Ordnung in enggefaßterer Stoßrichtung auf einen Rechtsbegriff zielt. Beide teilen jedoch den wesentlich nichtstatischen Charakter und das Wechselspiel von jeweils realen und idealen Elementen. Konkrete Ordnung erwies sich so als Einheit von Prozeß und Ergebnis, von immer

Ordnungskonfigurationen zu erfassen, bedarf es daher einer Verbindung von synchroner und diachroner Analyse. Das Einordnen von Einzelbelegen in eine lineare Entwicklung reicht nicht aus. Erforderlich ist daher eine synchrone Analyse von Einzelfällen im diachronen Vergleich. Nur sie mag deutlich zu machen, wie Ordnungsvorstellungen mit situativen Faktoren zusammenwirkten, wann und wo sich das Neue durchsetzte und wie groß das Beharrungsvermögen des Alten im Einzelfall sein konnte; anders gesagt: Nur sie vermag die Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen aufzuzeigen, ohne in der Vielfalt des jeweils Möglichen die Tendenz der Entwicklung unsichtbar zu machen.«

723 A.a.O. S. 99.

wieder herzustellender Interpretation und damit Repräsentation der Ordnung und der resultierenden sozialen Ordnung selbst – Ordnungskonfigurationen umfassen konzeptionell Ordnungsvorstellungen und ihre jeweilige Umsetzung in reale Ordnungen, auf ihre Weise also ebenfalls ideelle und reale Momente. So ließen sich kleinräumige ›Handlungssysteme‹ wie förmliche Verfahren im Recht oder Institutionen als konkrete Ordnungen beschreiben, wohingegen der Begriff der Ordnungskonfigurationen bisher nicht oder nur ausnahmsweise in einem so konkreten Sinn verwendet wurde[724]. Beide Begriffe kommen einander am nächsten, wenn konkrete Ordnung (i.w.S.) als metatheoretischer Rahmen dafür gefaßt wird, wie ein Zeitalter seinen Rechtsbegriff in letzter Instanz versteht, d.h. idealtypisch als Norm, als Dezision oder als konkrete Ordnung (i.e.S.). Ordnungskonfigurationen stellen dann so etwas wie die Bedingung der Möglichkeit für die Ausbildung solcher Letztinterpretationen des Rechtlichen dar. Die Ordnungskonfiguration, für die das politische Denken Gregors VII. exemplarisch steht, ist so betrachtet die Voraussetzung für die Ausbildung eines dezisionistischen und mittelbar auch normativistischen Rechtsbegriffs, während das Ordnungsdenken Heinrichs III. noch ganz mit dem Typus der Rechtsgewohnheiten verbunden war. Konkretes Ordnungsdenken tritt so gesehen methodisch nicht in Konkurrenz zum Ansatz der Ordnungskonfigurationen, sondern wäre eine Präzisierung im Hinblick auf die Rekonstruktion von Rechtsbegriff und Rechtsverständnis innerhalb von Ordnungskonfigurationen. Eine solche methodische Verknüpfung sollte zumindest dann möglich sein, wenn in der Ausrichtung der Ordnungskonfigurationen methodisch eine klare Trennung vom funktionalen Zugang verfolgt wird und Ordnungen weiterhin als »Fügungen und Gestaltungen«[725] begriffen werden und nicht vorschnell als Norm[726], Struktur und System[727], wenn insbesondere bei untersuchten Einzelphänomenen nach deren Ort *(topos)* in der Ordnung bzw. im Gefüge der Ordnungsvorstellungen gefragt wird und nicht nach deren Funktion im System.

---

724 Vgl. G. Wieland – Die Ordnung des Kosmos und die Unordnung der Welt, S. 20 f., oder A. Haverkamp, der z.B. sehr konkret von »Bruderschaften und Gemeinden als ›Ordnungskonfigurationen‹« spricht (ders. – Bruderschaften und Gemeinden im 12. und 13. Jahrhundert, S. 154).

725 B. Schneidmüller, S. Weinfurter – Ordnungskonfigurationen, S. 18.

726 So dürfte beispielsweise in der Beschreibung der Ordnungskonfiguration des *honor imperii* (»Der Wert, der mit *honor imperii* und *honor imperatoris* benannt wurde, war Bestandteil der Vorstellung von einer richtigen Ordnung.« K. Görich – Ehre als Ordnungsfaktor, S. 70) nicht unbesonnen methodisch auf den Begriff des Normensystems zurückgegriffen werden (»Ehre ist ebenso wie Recht ein handlungsprägendes Normensystem […]« a.a.O. S. 92), nicht jedenfalls, wenn man die Chance auf ein vertieftes Verständnis des Rechtsdenkens dieser Epoche wahren will.

727 Vgl. H. Keller – Ordnungsvorstellungen, Erfahrungshorizonte und Welterfassung im kulturellen Wandel des 12./13. Jahrhunderts, S. 276 f.; Ch.H.F. Meyer – Ordnung durch Ordnen, S. 306 ff.

## (11) Conclusio

»Der Rechtsbegriff, angewendet auf weite, tief in das Mittelalter hineinreichende Zeiträume, darf nicht nach den Maximen der positivistischen Rechtslehre des 19. und 20. Jahrhunderts auf ein System von abstrakten, generellen Regeln eingeengt werden«[728]. Unter dem Strich dieser Untersuchung kann diese Feststellung Dietmar Willoweits als zutreffend und bestätigt an die oberste Stelle der Ergebnisse gesetzt werden, ergänzt vielleicht um die Worte Karl Kroeschells: »Es kann kaum einen Zweifel daran geben, daß der moderne ›normative‹ Rechtsbegriff der Rechtsgeschichte im Wege steht. Selbst ihre Kritiker, die ihr mangelnde Offenheit gegenüber der sozialen Realität vorwerfen, sind diesem Rechtsbegriff verhaftet. Sie verstehen das Recht als ein Gefüge von Normen [...]«[729] Wenn aber irgend etwas aus der Analyse des positivistischen Begriffs eines Normensystems (I. Abschnitt) und aus dem Versuch, diesen auf mittelalterliche Verhältnisse anzuwenden (II. Abschnitt), zu lernen war, dann die beschränkte Tauglichkeit des Norm- bzw. Regelbegriffs für das mittelalterliche Recht.

Die folgenden abschließenden Bemerkungen wollen darüber hinaus als eine Art Zwischenergebnis verstanden werden, weil zum einen aus der Reflexion über die Begriffe und Begriffsstruktur wieder zu den Quellen zurückgekehrt werden muß, um zu sehen, ob aus den voranstehenden Überlegungen (III. und IV. Abschnitt) etwas für die Rechtsgeschichte zu gewinnen ist; dafür fehlt mir Zeit und Kompetenz. In der Auseinandersetzung mit den Quellen und in den Quellen selbst wären die kleinen und großen Ordnungen *in concreto* auszumachen und vor dem Hintergrund dieser die Argumentation mit und im Recht als in die Ordnungen eingebettete Formen des gesellschaftlichen Umgangs mit Gewalt zu rekonstruieren – ohne Bezug auf Norm, System und Funktion. In diesen Rahmen der konkreten Ordnungen, Rechtsgewohnheiten und begrifflich noch näher zu charakterisierenden prozeduralen Selbstvergegenwärtigung von Recht wären die Quellen in dem neuen Licht zu interpretieren, das das konkrete Ordnungsdenken als methodischer Zugang anderer Art als die normenlogische Schablone auf die Szenerie wirft.

Zum Anderen ist die gebotene Analyse insofern unvollständig, als mit dem Begriff des Rechts die siamesische Zwillingsgestalt des Politischen gleichermaßen zu analysieren wäre, was einer eigenständigen Untersuchung vorbehalten bleiben soll. Beides steht allerdings unter der klandestinen Prämisse, daß es beide Disziplinen, um deren Verschränkung es in dieser Untersuchung gegangen ist, Rechtshistorie wie Rechtstheorie, in absehbarer Zeit überhaupt noch gibt. Beide stehen anerkanntermaßen

728 D. Willoweit – Deutsche Verfassungsgeschichte, S. 3.

729 K. Kroeschell – Verfassungsgeschichte und Rechtsgeschichte des Mittelalters, S. 74.

auf der Liste der vom Aussterben bedrohten Fächer und fristen – gleich bedrohten Pflanzenarten – ein Dasein in mehr oder minder geschützten Rückzugsräumen. Was die Rechtstheorie angeht, so wird es – um dem Aussterben zu entgehen – auch eines kraftvolleren gedanklichen Auftretens bedürfen, als derzeit in den *passim* vorgetragenen Variationen über das Lamento der eigenen Überflüssigkeit zu erkennen ist[730].

Trotz der verschiedentlich zum Ausdruck gebrachten erheblichen Zweifel in die Brauchbarkeit des Normbegriffs bzw. des Normensystembegriffs sind es dennoch weiterhin gerade diese Vokabeln, mit denen mittelalterliches Recht beschrieben wird. Das Unbefriedigende daran wird zwar ausgesprochen, radikale Schlüsse werden daraus aber nicht gezogen. Die folgenden sieben ›Empfehlungen‹ sollen andeuten, wie in der Zukunft ein tauglicher Rechtsbegriff für das frühe Mittelalter entwickelt werden könnte.

(1) Auf die Vorstellung, mittelalterliches Recht sei ein System von Rechtsnormen, sollte restlos verzichtet werden. Zum einen deshalb, weil möglicherweise der Begriff eines *Systems von Normen* überhaupt leer ist, d.h. keinen vernünftigen Inhalt hat, sondern allenfalls als metaphorische Rede verstanden werden kann, mit der zum Ausdruck gebracht wird, daß Recht in irgendeiner Weise präskriptiv ist und in irgendeiner Weise dabei systematische Züge aufweist. Diese Metaphorik ist aber, das ist der andere Grund, für das frühe Mittelalter falsch oder zumindest irreführend. Dieser Verzicht ist ein erster unverzichtbarer Schritt zur Klärung und Verdeutlichung der bedeutenden Differenz im Rechtsdenken jener Zeit im Verhältnis zum modernen Recht. An die Stelle des Normensystems hätte ein alternativer rechtstheoretisch fundierter und rechtshistorisch gerechtfertigter Rahmenbegriff zu treten.

(2) Die verschiedenen strukturellen Elemente des Rechts (*recht*, Gebot, Willkür, Symbolhandeln u.a.m.) sollten innerhalb des rechtstheoretischen Rahmenbegriffs als selbständige Kategorien (Detailbegriffe des Rechts) so behandelt werden, daß in einer Art ›beweglichem System‹ Mischformen mit relativer Gewichtung dieser Elemente zur Beschreibung von Recht und Rechtszuständen entwickelt werden. Dabei wird das Verhältnis von Quellenbegriffen (*lex*, *ius*, *consuetudo*, *mos*, *usus* etc. mit allen Unterformen) und diesen Elementen theoretischer Beschreibung eine Matrixstruktur aufweisen, in der die Vieldeutigkeit der Quellenbegriffe auf ein bestimmtes Repertoire an Mustern, die diese Matrix annehmen kann, abbildbar ist. Das mittelalterliche Recht wäre sodann nicht durch einen einfachen Begriff ›Recht‹ oder ›Norm‹ beschrieben, sondern es gliche eher einem mehrschichtigen Webpelz aus Quellenbegriffen und theoretisch geformten Elementen, und dieser wäre zudem kontextabhängig. ›Mittelalterliches Recht‹ wäre nur der zusammenfassende Oberbegriff für die so gewonnenen Detailbegriffe und

730 Ein Beispiel für die ausufernde Behaglichkeit, mit der sich in diesem Gestus verweilen läßt, bietet jüngst A. Somek – Die Wirklichkeit des Rechts.

Zuordnungsmuster, deren eines mit dem Begriff der ›Rechtsgewohnheit(en)‹ schon weit ausgearbeitet und akzeptiert ist. Dennoch ist zu erwarten, daß ein solches bewegliches System weniger komplex ist als der Umgang mit den Quellenbegriffen selbst, aber strukturreicher als die Rede von den Normen. Es müßte allerdings ein geeignetes Verfahren entwickelt werden zum Herauspräparieren dieser Detailbegriffe des Rechts, bei dem etwa an die Ergebnisse Gerhard Köblers angeknüpft werden könnte[731].

(3) Weiters wäre bei der Begriffsbildung das normative Umfeld einzubeziehen, das für das frühe Mittelalter deutliche Züge einer ›konkreten Ordnung‹ im obigen rechtstheoretischen Sinn trägt. Das wird mehr für das *recht* (resp. die Rechtsgewohnheiten) gelten, weniger für die statutarische Willkür; immer jedoch muß ein vorsichtiger Umgang mit der Kategorie der normativen Regel beachtet werden. Zu berücksichtigen ist, daß eine konkrete Ordnung immer viel von dem aufweisen wird, was man mit H.L.A. Hart eine ›offene Textur‹ des Rechts nennen könnte. Damit ist Offenheit vor allem demgegenüber gemeint, was sich historisch später in eigene Normenkomplexe ausdifferenzieren wird; hält man an der Begrifflichkeit fest, die diesen ausdifferenzierten Verhältnissen entspricht, so bleibt nur die Feststellung – die dann wie ein Mangel des älteren Rechts sich ausnimmt –, daß diese eben noch nicht vorhanden ist, wie z.B. bei Gerhard Dilcher: »Ein Forum für rechtliche Entscheidung bildet seit alters her das Ding – aber eben ohne klare Ausdifferenzierung nicht nur von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung, also Normbildung und Normanwendung, sondern auch von Recht, Politik, Religion, Moral«[732]. Diese Ungeschiedenheit der Sphären von Sitte, Moral, Recht und Politik ist ein Grund mehr, vom Regelbegriff Abstand zu nehmen.

(4) Ein weiterer Punkt liegt darin, daß Rechtsgewohnheiten bzw. konkrete Ordnungen nicht oder nur ausnahmsweise als normative Texte vorliegen, sondern allenfalls als verschriftete Momentaufnahmen einer kontinuierlichen prozeduralen Praxis. Das hat vor allem Auswirkungen auf den Interpretationsbegriff. Die *Interpretation eines Texts* ist etwas grundsätzlich anderes als die *Interpretation einer Praxis*, schon gar einer, die in eine konkrete Ordnung eingebettet ist. Daß hier unterschiedliche Auslegungsparadigmen vorliegen, ist oben mehrfach angesprochen, am schärfsten vielleicht von Jürgen Weitzel formuliert worden, der insofern von einem *tertium non datur* ausgeht, »als eine Rechtsordnung nur entweder nach den Maximen der Schriftlichkeit oder aber nach denen der Mündlichkeit gedacht und gedeutet werden kann. […] Überwiegende Schriftlichkeit prägt (das Verständnis von) Mündlichkeit in ihrem Sinne, überwiegende Mündlichkeit denkt sich Schriftlichkeit nach ihren

731 Insbesondere an G. Köbler – Das Recht im frühen Mittelalter.

732 G. Dilcher – Mittelalterliche Rechtsgewohnheit als methodisch-theoretisches Problem, S. 39.

Mustern«[733]. Der Schluß, der daraus zu ziehen wäre, ist der, in die künftige Konstruktion eines Rechtsbegriffs sowohl die rechtstheoretischen Einsichten Ronald Dworkins als auch die der Rechtsethnologie, die zahllose Beispiele für Recht unter der Bedingung der Mündlichkeit liefert, einzubeziehen. Sieht man in der Norm als Abstraktum ein (spätes) Ergebnis der Entwicklung hin zum schriftlichen Auslegungsparadigma, dann liegt auch darin ein Grund zum vorsichtigen Gebrauch des abstrakten technischen Normbegriffs.

(5) Ein nächstes Desiderat wäre es, als Konsequenz aus den genannten Zusammenhängen die Transdisziplinarität, vor allem zwischen Rechtstheorie (Rechtsphilosophie) und Rechtsgeschichte, aber auch Rechtssoziologie bzw. Rechtsethnologie zu intensivieren. Diese Zusammenarbeit befindet sich weitestgehend im Zustand des *utinam*, die Streifzüge der Rechtshistoriker durch die Theorieangebote der Rechtstheoretiker hat diese bisher nicht auf wirklich geeignete Modelle und Methoden stoßen lassen, und umgekehrt ist für Rechtstheoretiker die Welt des mittelalterlichen Rechts nach wie vor ein unbekanntes und in seinem Reichtum erst noch zu entdeckendes Land. Attraktivität könnte das Mittelalter für den Rechtstheoretiker auch darin gewinnen, daß mit der gegenwärtig spürbaren Tendenz zum Rückbau an Staatlichkeit mit ihrer scheinbar keinerlei ›Kernaufgaben‹ respektierenden Privatisierung öffentlicher Aufgaben Verhältnisse näherrücken, in denen der Staat mit allen anderen Monopolen auch das der Definitionshoheit über Recht verspielt. Mit dem Verlust eines tragenden einheitlichen Rechtsbegriffs aus der Tradition des *Ius publicum europaeum* könnten Rechtsverhältnisse entstehen, die vorstaatlichen Strukturen nicht unähnlich sind.

(6) Anlaß zu einer näherliegenden Form der Disziplinenkooperation böte weiters der Begriff der ›Ordnungskonfigurationen‹ (Weinfurter/Schneidmüller), einerseits indem die Rechtsgeschichte diesen wichtigen Begriff in ihr Arsenal zu übernehmen bereit ist und andererseits diese umgekehrt den Ordnungskonfigurationen mit der Rechtsfigur der Rechtsgewohnheiten eine ausgearbeitete und juristisch präzise Binnenstruktur verleiht. Die Rechtsgewohnheiten geben den Rahmen für wesentliche Teile des nichtverschrifteten Rechts vor und sind als (konkrete) normative Ordnungen immer auch Bestandteil der in einer Epoche jeweils konkurrierenden Ordnungskonfigurationen. Diese bilden zugleich die metaphysischen, logischen und argumentativen Voraussetzungen für das Rechtsdenken eines Zeitalters. Ordnungskonfigurationen sind so der Rahmen, innerhalb dessen Rechtsgewohnheiten als Partialordnung gesetzt sind und als solche ›funktionieren‹ können. *Eine* Konsequenz der Auseinandersetzung mit dem Begriff der Ordnungskonfigurationen wäre ein Über-

733 J. Weitzel – Gewohnheitsrecht und fränkisch-deutsches Gerichtsverfahren, S. 68 f. Vgl. auch G. Dilcher – Zur Theorie des Gewohnheitsrechts zwischen Alteuropa und Moderne, S. 69 f.

denken des Verfassungsbegriffs für das Mittelalter, der hier ein spätes Korrektiv bzw. eine Purifikation erfahren könnte für jene Entwicklung in der Verfassungsgeschichtsschreibung, nach der »ihre Logik und Methodik ganz von der Rechtswissenschaft her bestimmt wurde, d.h. aber von der dem juristischen Positivismus zugehörigen Rechtswissenschaft des ausgehenden 19. Jahrhunderts«[734] – auch wenn eine derartige Revision des Verfassungsbegriffs nicht in der Intention der Initiatoren liegt[735].

(7) Zuallerletzt sei auf die ›Gleichursprünglichkeit‹ von Recht und Politik hingewiesen. Beide haben mit der Zähmung von Gewalt zum friedlichen Zusammenleben der Menschen zu tun und beide sind zur Verwirklichung dieses Ziels auf eben dieses Medium ›Gewalt‹ angewiesen. Die Unterscheidung von *Recht und Unrecht*, die grundsätzlicher und den Verhältnissen in einer konkreten Ordnung angemessener ist als die normbezogene von Geltung/Nichtgeltung, ist also in den Anfängen möglicherweise, wie für orale Kulturen vorgeschlagen wurde, durch das Begriffspaar *Ordnung und Konflikt* bzw. *Friede und Konflikt* zu ersetzen[736]. Die im Kapitel 6 behandelten politischen Freundschaftsbündnisse *(amicitiae et pacta)* haben zugleich Rechtscharakter (ähnlich völkerrechtlichen Verträgen) und bedienen sich eines eigenen Mediums des Symbolhandelns, das weitgehend Schriftlichkeit ersetzt oder unverzichtbar begleitet. Das Verhältnis des Politischen zur Gewalt mit seiner gerade im Mittelalter unmittelbar spürbaren Freund/Feind-Strukturierung ist auf dieser Ebene auch maßgeblich für den Rechtsbegriff. Das spricht für eine Einbeziehung nicht nur des *konkreten Ordnungsdenkens,* sondern auch der Arbeiten über den *Begriff des Politischen* von Carl Schmitt in die Entwicklung geeigneter Rechtsbegriffe für die mittelalterliche Welt[737].

---

734 E.-W. Böckenförde – Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert, S. 198.

735 B. Schneidmüller, S. Weinfurter – Ordnungskonfigurationen, S. 18; siehe auch B. Schneidmüller – Von der deutschen Verfassungsgeschichte zur Geschichte politischer Ordnungen und Identitäten im europäischen Mittelalter, S. 499 f.

736 »Die Kategorien von *Ordnung und Konflikt* stehen bei einer oralen Kultur weitgehend anstelle der Kategorien Recht und Unrecht.« G. Dilcher, a.a.O. S. 51.

737 Die Verklammerung von Rechtlichem und Politischem ist in dieser Perspektive eine weit intensivere, schon die Bildung von Rechtsbegriffen selbst berührende, als in Äußerungen, wie z.B. der von Roman Deutinger, »Das Königsgericht war also im Gegensatz zu anderen Instanzen a priori ein politisches Gericht.« (ders. – Der König als Richter, S. 48) anklingt. Überall, wo Gerichtsbarkeit mit fehdeartigen Konflikt- und Konfliktlösungsmechanismen konkurriert und diese zu durchdringen sucht, ist das politische Freund/Feind-Verhältnis (i.S.v. Carl Schmitt) auch maßgeblich für die Struktur von Recht und Gerichtsverfahren, und das gilt im Frühmittelalter offenbar nicht nur für die mächtigsten Exponenten; im Königsgericht wird nur die Spitze des Eisbergs sichtbar.

# Quellen und Literatur

Vorbemerkung: Das Quellenverzeichnis dient dem Nachweis für die Belegstellen und verwendeten Editionen der im Text vorkommenden lateinischen Zitate. Quellenzitate werden in der vorliegenden Arbeit i.d.R. illustrativ und nur ausnahmsweise argumentativ eingesetzt. Im Vordergrund der rechtstheoretischen Betrachtung steht der Rechtsbegriff in historischen, rechtshistorischen und rechtsphilosophischen Arbeiten. Diese bilden hier gewissermaßen die zu untersuchenden Primärtexte, also Texte, die sich normalerweise im Verzeichnis der Sekundärliteratur wiederfinden.


Petrus Abaelardus, Collationes sive dialogus inter Philosophum, Iudaeum et Christianum, Text und deutsche Übersetzung (Abailard – Gespräch eines Philosophen, eines Juden und eines Christen), hrsg. v. H.-W. Krautz, 2. Auflage, Frankfurt 1996.

Abbo von Fleury, Collectio canonum, J.P. Migne PL 139, p. 473–508.

Adalbero von Laon, Carmen ad Rotbertum Regem, ed. (mit angeschlossener französischer Übersetzung) S. Bricout, in: Corpus Scriptorum Latinorum, 2004 (elektronische Edition unter ›www.forumromanum.org/literature/adalbero_laudunensis/carmen.html‹).

Aurelius Augustinus, De civitate Dei, elektronische Edition unter ›www.intratext.com/IXT/LAT0395/‹; deutsche Übersetzung: Vom Gottesstaat, Buch 1 bis 10 (= dtv 2160), 2. Auflage, München 1985; Vom Gottesstaat, Buch 11 bis 22 (= dtv 6088), München 1978.

– De ordine, J.P. Migne PL 32, p. 977–1022 (elektronische Edition unter ›www.sant-agostino.it/latino/ordine/index2.htm‹); deutsche Übersetzung: Die Ordnung (= Deutsche Augustinusausgabe), übertragen v. C.J. Perl, 4. Auflage, Paderborn, München, Wien 1966.

Bruno, Saxonicum bellum, Text und deutsche Übersetzung in F.-J. Schmale, I. Schmale-Ott (Hrsg.), Quellen zur Geschichte Kaiser Heinrichs IV. (= Ausgewählte Quellen zur Deutschen Geschichte des Mittelalters Bd. XII), 3. Auflage, Darmstadt 1963, S. 191–405.

Colección documental del archivo de la catedral de León (775–1230), Bd. III (986–1031), ed. J.M. Ruiz Asencio, León 1987 (= Colección Fuentes y Estudios de Historia Leonesa Bd. 43).

De ordinando pontifice, Text und deutsche Übersetzung in I. Schmale-Ott (Hrsg.), Quellen zum Investiturstreit II (= Ausgewählte Quellen zur Deutschen Geschichte des Mittelalters Bd. XIIb), Darmstadt 1984, S. 46–67.

Edictum Rothari, Text und italienische Übersetzung in C. Azzara, S. Gasparri (Hrsg.), Le leggi dei Longobardi – Storia, memoria e diritto di un populo germanico, seconda editione, Roma 2005, S. 13–127.

Egbert von Lüttich, Fecunda ratis, ed. E. Voigt, Halle 1889.

Gratian, Concordantia discordantium canonum, Edition E. Friedberg (1879), Decretum Magistri Gratiani (Elektronische Edition unter ›http://mdz.bib-bvb.de/digbib/gratian/text‹).

Gregor VII., Ausgewählte Briefe, Text und deutsche Übersetzung in F.-J. Schmale (Hrsg.), Quellen zum Investiturstreit I (= Ausgewählte Quellen zur Deutschen Geschichte des Mittelalters Bd. XIIb), Darmstadt 1978.

– Gregorii VII Registrum (Das Register Gregors VII.), ed. E. Caspar, 2 Bde. (= MGH Epistolae selectae 2, 1–2), 3. Auflage, Berlin, Dublin, Zürich 1967.

– Epistolae collectae, ed. Ph. Jaffé, (= Monumenta Gregoriana, Bibliotheca rerum Germanicarum 2), Berlin 1865.

Gregor von Tours, Historiarum libri descem, Text und deutsche Übersetzung in: R. Buchner (Hrsg.), Gregor von Tours, Zehn Bücher Geschichten, 2 Bde. (= Ausgewählte Quellen zur Deutschen Geschichte des Mittelalters Bd. III), 1. Bd. 7. Auflage, Darmstadt 1990, 2. Bd. 8. Auflage 1992.

Epistulae Heinrici IV, Text und deutsche Übersetzung in F.-J. Schmale, I. Schmale-Ott (Hrsg.), Quellen zur Geschichte Kaiser Heinrichs IV. (= Ausgewählte Quellen zur Deutschen Geschichte des Mittelalters Bd. XII), 3. Auflage, Darmstadt 1963, S. 51–141.

Hermann von Reichenau, Chronicon, Text und deutsche Übersetzung in: R. in Buchner (Hrsg.), Quellen des 9. und 11. Jahrhunderts zur Geschichte der hamburgischen Kirche und des Reiches (= Ausgewählte Quellen zur Deutschen Geschichte des Mittelalters Bd. XI), 6. Auflage, Darmstadt 1990, S. 628–707.

Hincmar von Reims, Opusculum LV capitulorum, J.P. Migne PL 126, p. 282–494.

Hrabanus Maurus, De institutione clericorum, Text mit deutscher Übersetzung hrsg. v. D. Zimpel (= Fontes Christiani 61/1), Turnhout 2006.

Isidor von Sevilla, Etymologiae seu origines, ed. W.M. Lindsay (1911), 2 Bde. (= Oxford classical texts), Oxford 1985; Elektronische Editionen unter:
›http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Isidore/home.html‹ bzw.
›http://www.fh-augsburg.de/~harsch/Chronologia/Lspost07/Isidorus/isi_et00.html‹.

Ivo von Chartres, Decretum, J.P. Migne PL 161, p. 47–1022.

– Epistolae, J.P. Migne PL 162, p. 11–288.

Johannes von Metz, Vita Johannis abbatis Gorziensis, in: G.H. Pertz (Hrsg.), Annales, chronica et historiae aevi Carolini et Saxonici (= MGH SS 4), Hannover 1841, Nachdruck 1982, S. 335–377.

Johannes von Salisbury, Policraticus sive de mugis curialium et vestigiis philosophorum, ed. C.C.J. Webb, London 1909 (Nachdruck Frankfurt 1965); auszugsweise englische Übersetzung in: John of Salisbury, Policraticus, ed. and transl. by C.J. Nederman (= Cambridge Texts in the History of Political Thought), Cambridge 1990.

Lex Baiwariorum (= MGH Leges Nationum Germanicorum 5, 2) ed. E. v. Schwind (1926), Nachdruck, Hannover 1997.

Liutprandi leges: Text und italienische Übersetzung in C. Azzara, S. Gasparri (Hrsg.), Le leggi dei Longobardi – Storia, memoria e diritto di un populo germanico, seconda editione, Roma 2005, S. 137–244.

Liudprand von Cremona, Antapodosis, Text und deutsche Übersetzung in: A. Bauer, R. Rau (Hrsg.), Quellen zur Geschichte der sächsischen Kaiserzeit (= Ausgewählte Quellen zur Deutschen Geschichte des Mittelalters Bd. VIII), 4. Auflage, Darmstadt 1992, S. 244–495.

Marsilius von Padua, Defensor pacis Bd. I, Text und deutsche Übersetzung (Der Verteidiger des Friedens), ed. H. Kusch (= Leipziger Übersetzungen und Abhandlungen zum Mittelalter Bd. 2 Teil I), Berlin 1958.

MGH = Monumenta Germaniae Historica

MGH Capitularia regum Francorum 1, ed. A. Boretius, Berlin 1883, Nachdruck 1984.

MGH Capitularia regum Francorum 2, ed. A. Boretius, V. Krause, Berlin 1890–1897, Nachdruck 2001.

MGH Constitutiones 1, ed. L. Weiland, Berlin 1893, Nachdruck 2003.

MGH D O III, Die Urkunden Ottos III. (= Diplomata regum et imperaturum Germaniae Bd. 2,2) ed. Th. Sickel, Berlin 1893, Nachdruck 1997.

MGH D H II, Die Urkunden Heinrichs II. und Arduins (= Diplomata regum et imperaturum Germaniae Bd. 3) ed. H. Bresslau, Berlin 1900–1903, Nachdruck 2001.

MGH D F I, 2, Die Urkunden Friedrichs I. 1158–1167, (= Diplomata regum et imperaturum Germaniae Bd. 10 Teil 2) ed. H. Appelt, Berlin 1979.

MGH Ordines coronationis imperialis (= Fontes iuris germanici antiqui Bd. IX) ed. R. Elze, Hannover 1960

Normannischer Anonymus, Die Texte des Normannischen Anonymus, hrsg. v. K. Pellens (= Veröffentlichungen des Instituts für europäische Geschichte Mainz Bd. 42), Wiesbaden 1966.

Ordines de celebrando concilio (= MGH Leges 4, 2) ed. H. Schneider, Hannover 1996.

Otto von Freising, Coronica sive historia de duabus civitatibus, Text und deutsche Übersetzung in: R. Buchner (Hrsg.), Otto von Freising, Chronik oder Geschichte der zwei Staaten (= Ausgewählte Quellen zur Deutschen Geschichte des Mittelalters Bd. XVI), 4. Auflage, Darmstadt 1980.

Petrus Crassus, Defensio Heinrici IV regis, Text und deutsche Übersetzung in: I. Schmale-Ott (Hrsg.), Quellen zum Investiturstreit II (= Ausgewählte Quellen zur Deutschen Geschichte des Mittelalters Bd. XIIb), Darmstadt 1984, S. 174–239.

Quellen zur deutschen Verfassungs-, Wirtschafts- und Sozialgeschichte bis 1250 (= Ausgewählte Quellen zur Deutschen Geschichte des Mittelalters Bd. XXXII) hrsg. v. L. Weinrich, 2. Auflage Darmsatadt 2000.

Rather von Verona, Praeloquia, J.P. Migne PL 136, p. 145–344.

Regino von Prüm, Libri duo de synodalibus causis et disciplinis ecclesiasticis: (unvollständiger) Text und Übersetzung (Das Sendhandbuch des Regino von Prüm) hrsg. v. W. Hartmann (= Ausgewählte Quellen zur Deutschen Geschichte des Mittelalters Bd. 42), Darmstadt 2004.

Regula Benedicti, Text und deutsche Übersetzung in: Die Benediktusregel, 2. Auflage, Beuron 1996.

Die Synoden im Reichsgebiet und in Reichsitalien von 916 bis 1056, hrsg. v. Heinz Wolter, Paderborn, Wien 1988.

Thietmar von Merseburg, Chronicon, Text und deutsche Übersetzung in: W. Trillmich (Hrsg.), Thietmar von Merseburg, Chronik (= Ausgewählte Quellen zur Deutschen Geschichte des Mittelalters Bd. IX), 7. Auflage, Darmstadt 1992.

Thomas von Aquin, Summa Theologica, Ia IIae, 90 – 105, Text und deutsche Übersetzung in: Die deutsche Thomas-Ausgabe Bd. 13 (Das Gesetz), Heidelberg, Graz, Wien, Köln 1977.

Vita Heinrici IV imperatoris, Text und deutsche Übersetzung in F.-J. Schmale, I. Schmale-Ott (Hrsg.), Quellen zur Geschichte Kaiser Heinrichs IV. (= Ausgewählte Quellen zur Deutschen Geschichte des Mittelalters Bd. XII), 3. Auflage, Darmstadt 1963, S. 407–467.

Widukind von Corvei, Res gestae Saxonicae, Text und deutsche Übersetzung (Sachsengeschichte) in: A. Bauer, R. Rau (Hrsg.), Quellen zur Geschichte der sächsischen Kaiserzeit (= Ausgewählte Quellen zur Deutschen Geschichte des Mittelalters Bd. VIII), 4. Auflage, Darmstadt 1992, S. 16–183.

Wipo, Proverbia, Text in: H. Bresslau (Hrsg.), Die Werke Wipos (= MGH SS rer. Germ. 61), 3. Auflage, Leipzig, Hannover 1915, Nachdruck 1993, S. 66–74.

– Tetralogus, Text in: H. Bresslau (Hrsg.), Die Werke Wipos (= MGH SS rer. Germ. 61), 3. Auflage, Leipzig, Hannover 1915, Nachdruck 1993, S. 75–86.

– Gesta Chuonradi II imperatoris, Text in: H. Bresslau (Hrsg.), Die Werke Wipos (= MGH SS rer. Germ. 61), 3. Auflage, Leipzig, Hannover 1915, Nachdruck 1993, S. 1–62; Text und deutsche Übersetzung in: W. Trillmich, R. Buchner (Hrsg.), Quellen des 9. und 11. Jahrhunderts zur Geschichte der hamburgischen Kirche und des Reiches (= Ausgewählte Quellen zur Deutschen Geschichte des Mittelalters Bd. XI), 6. Auflage, Darmstadt 1990, S. 522–613.

*Aulis Aarnio*, Denkweisen der Rechtswissenschaft – Einführung in die Theorie der rechtswissenschaftlichen Forschung (= Forschungen aus Staat und Recht Bd. 48), Wien 1979.
– On Changes in the Systematics of Law, Rechtstheorie Beiheft 10 (1986), S. 161–170.
*Viktor Achter*, Die Geburt der Strafe, Frankfurt 1951.
– Über den Ursprung der Gottesfrieden, Krefeld 1955.
*Armin Adam*, Rekonstruktion des Politischen – Carl Schmitt und die Krise der Staatlichkeit 1912–1933, Weinheim 1992.
*Carlos E. Alchourrón,* Systematization and Change in the Science of Law, Rechtstheorie Beiheft 10 (1986), S. 171–184.
*Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulygin*, Fundamentos pragmáticos para una lógica de normas, in: C.E. Alchourrón, E. Bulygin (Hrsg.), Analisis lógico y Derecho (= Colección el derecho y la justicia Bd. 24), engl. Originaltitel: Pragmatic Foundations for a Logic of Norms (1984), Madrid 1991, S. 155–167.
– La Concepción expresiva de las normas, in: C.E. Alchourrón, E. Bulygin (Hrsg.), Análisis lógico y Derecho (= Colección el derecho y la justicia Bd. 24) engl. Originaltitel: The Expressive Conception of Norms (1981), Madrid 1991, S. 121–153.
– Normative Systeme (= Alber-Reihe Rechts- und Sozialwissenschaft), engl. Originaltitel: Normative Systems (1971), Freiburg, München 1994.
*Robert Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts (= Alber-Reihe Rechts- und Sozialwissenschaft), 3. Auflage, München 2002.
– Rechtssystem und praktische Vernunft, Rechtstheorie 18 (1987), S. 405–419.
– Theorie der Grundrechte (= stw Bd. 582), Frankfurt 1986.
– Theorie der juristischen Argumentation – Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung (= stw Bd. 436), 2. Auflage, Frankfurt 1992.
– Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: R. Alexy (Hrsg.), Recht, Vernunft, Diskurs – Studien zur Rechtsphilosophie (= stw Bd. 1167), Frankfurt 1995, S. 177–212.
– Zur Kritik des Rechtspositivismus, ARSP Beiheft 37 (1990), S. 9–26.
– Zur Struktur der Rechtsprinzipien, in: B. Schilcher, P. Koller, B.-Ch. Funk (Hrsg.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts (= Juristische Schriftenreihe Bd. 125), Wien 2000, S. 31–52.
*Gadi Algazi*, Herrengewalt und Gewalt der Herren im späten Mittelalter – Herrschaft, Gegenseitigkeit und Sprachgebrauch (= Historische Studien Bd. 17), Frankfurt 1996.
*Gerd Althoff*, Amicitiae und Pacta – Bündnis, Einung, Politik und Gebetsgedenken im beginnenden 10. Jahrhundert (= Monumenta Germaniae Historica. Schriften Bd. 37), Hannover 1992.
– Baupläne der Rituale im Mittelalter – Zur Genese und Geschichte ritueller Verhaltensmuster, in: C. Wulf, J. Zirfas (Hrsg.), Die Kultur des Rituals – Inszenierungen. Praktiken. Symbole, München 2004, S. 177–197.
– Colloquium familiare, colloquium secretum, colloquium publicum – Beratung im politischen Leben des früheren Mittelalters, in: G. Althoff (Hrsg.), Spielregeln der Politik im Mittelalter – Kommunikation in Frieden und Fehde, Darmstadt 1997, S. 157–184.
– Das argumentative Gedächtnis – Anklage- und Rechtfertigungsstrategien in der Historiographie des 10. und 11. Jahrhunderts, in: G. Althoff (Hrsg.), Inszenierte Herrschaft – Geschichtsschreibung und politisches Handeln im Mittelalter, Darmstadt 2003, S. 126–149.
– Das Privileg der deditio – Formen gütlicher Konfliktbeendigung in der mittelalterlichen Adelsgesellschaft, in: G. Althoff (Hrsg.), Spielregeln der Politik im Mittelalter – Kommunikation in Frieden und Fehde, Darmstadt 1997, S. 99–125.

– Die Gründung des Erzbistums Magdeburg, in: M. Puhle (Hrsg.), Otto der Große, Magdeburg und Europa Bd. I – Essays, Mainz 2001, S. 344–352.
– Die Kultur der Zeichen und Symbole, FMSt 36 (2002), S. 1–17.
– Die Macht der Rituale – Symbolik und Herrschaft im Mittelalter, Darmstadt 2003.
– Die Ottonen – Königsherrschaft ohne Staat (= Urban Taschenbücher Bd. 473), Stuttgart 2000.
– Fest und Bündnis, in: D. Altenburg, J. Jarnut, H.-H. Steinhoff (Hrsg.), Feste und Feiern im Mittelalter, 1991, S. 29–38.
– Geschichtsschreibung in einer oralen Gesellschaft – Das Beispiel des 10. Jahrhunderts, in: B. Schneidmüller, S. Weinfurter (Hrsg.), Ottonische Neuanfänge – Symposion zur Ausstellung ›Otto der Große, Magdeburg und Europa‹, Mainz 2001, S. 151–169.
– Gewohnheit und Ermessen – Rahmenbedingungen politischen Handelns im hohen Mittelalter, in: P. Leidinger, D. Metzler (Hrsg.), Geschichte und Geschichtsbewußtsein – FS K.E. Jeismann, Münster 1990, S. 155–169.
– Huld – Überlegungen zu einem Zentralbegriff der mittelalterlichen Herrschaftsordnung, in: G. Althoff (Hrsg.), Spielregeln der Politik im Mittelalter – Kommunikation in Frieden und Fehde, Darmstadt 1997, S. 199–230.
– Königsherrschaft und Konfliktbewältigung im 10. und 11. Jahrhundert, in: G. Althoff (Hrsg.), Spielregeln der Politik im Mittelalter – Kommunikation in Frieden und Fehde, Darmstadt 1997, S. 21–56.
– Magdeburg, Halberstadt, Merseburg – Bischöfliche Repräsentation und Interessenvertretung im ottonischen Sachsen, in: G. Althoff, E. Schubert (Hrsg.), Herrschaftsrepräsentation im ottonischen Sachsen (= Vorträge und Forschungen Bd. 46), Sigmaringen 1998, S. 267–293.
– Otto III. (= Gestalten des Mittelalters und der Renaissance), Darmstadt 1996.
– Recht nach Ansehen der Person – Zum Verhältnis rechtlicher und außerrechtlicher Verfahren der Konfliktbeilegung im Mittelalter, in: A. Cordes, B. Kannowski (Hrsg.), Rechtsbegriffe im Mittelalter (= Rechtshistorische Reihe Bd. 262), Frankfurt 2002, S. 79–92.
– Schranken der Gewalt – Wie gewalttätig war das ›finstere Mittelalter‹?, in: H. Brunner (Hrsg.), Der Krieg im Mittelalter und in der Frühen Neuzeit – Gründe, Begründungen, Bilder, Bräuche, Recht (= Imagines medii aevi Bd. 3), Wiesbaden 1999, S. 1–23.
– (Hrsg.) Spielregeln der Politik im Mittelalter – Kommunikation in Frieden und Fehde, Darmstadt 1997.
– Ungeschriebene Gesetze – Wie funktioniert Herrschaft ohne schriftlich fixierte Normen?, in: G. Althoff (Hrsg.), Spielregeln der Politik im Mittelalter – Kommunikation in Frieden und Fehde, Darmstadt 1997, S. 282–304.
– Verwandte, Freunde und Getreue – Zum politischen Stellenwert der Gruppenbildung im frühen Mittelalter, Darmstadt 1990.
– Widukind von Corvey – Kronzeuge und Herausforderung, FMSt 27 (1993), S. 253–272.
– Zur Bedeutung symbolischer Kommunikation für das Verständnis des Mittelalters, FMSt 31 (1997), S. 370–389.

*Gerd Althoff, Hermann Kamp*, Die Bösen schrecken, die Guten belohnen – Bedingungen, Praxis und Legitimation mittelalterlicher Herrschaft, in: G. Althoff, H.-W. Goetz, E. Schubert (Hrsg.), Menschen im Schatten der Kathedrale – Neuigkeiten aus dem Mittelalter, Darmstadt 1998, S. 1–110.

*Gerd Althoff, Hagen Keller*, Heinrich I. und Otto der Große – Neubeginn auf karolingischem Erbe (= Persönlichkeit und Geschichte Bde. 122–125), 2. verb. Auflage, Göttingen, Zürich 1994.

*Arnold Angenendt*, Geschichte der Religiosität im Mittelalter, Darmstadt 1997.

– Heilige und Reliquien – Die Geschichte ihres Kultes vom frühen Christentum bis zur Gegenwart, 2. Auflage, München 1997.
– Rex et Sacerdos – Zur Genese der Königssalbung, in: H. Wollasch, N. Kamp (Hrsg.), Tradition als historische Kraft – Interdisziplinäre Forschungen zur Geschichte des frühen Mittelalters, Berlin, New York 1982, S. 100–118.
– Verschriftlichte Mündlichkeit, vermündlichte Schriftlichkeit – Der Prozeß des Mittelalters, in: H. Duchhardt, G. Melville (Hrsg.), Im Spannungsfeld von Recht und Ritual – Soziale Kommunikation in Mittelalter und Früher Neuzeit (= Norm und Struktur Bd. 7), Köln, Weimar, Wien 1997, S. 3–25.

*Hans Hubert Anton*, Anfänge säkularer Begründung von Herrschaft und Staat im Mittelalter – Historiographie, Herkunftssagen, politische Metaphorik, AKG 86 (2004) S. 75–122.
– Fürstenspiegel und Herrscherethos in der Karolingerzeit (= Bonner Historische Forschungen Bd. 32), Bonn 1968.

*Mario Ascheri*, I diritti del Medioevo italiano – Secoli XI–XV (= Argomenti di storia medievale Bd. 193), Roma 2006.

*Jan Assmann,* Das kulturelle Gedächtnis – Schrift, Erinnerung und politische Identität in frühen Hochkulturen (= Beck'sche Reihe Bd. 1307), 3. Auflage, München 2000.

*Manuel Atienza*, El sentido del Derecho, Barcelona 2001.

*John Austin,* Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law, 5. Auflage, London 1885.

*John L. Austin*, Zur Theorie der Sprechakte, engl. Originaltitel: How to do Things with Words (1962), Stuttgart 1972.

*Karl Siegfried Bader*, Zum Unrechtsausgleich und zur Strafe im Frühmittelalter, ZRG GA 112 (1995), S. 1–63.

*Norman P. Barry*, The Road to Freedom – Hayek's social and Economic Philosophy in: Jack Birner, Rudy van Zijp (Hrsg.), Hayek, Coordination and Evolution – His Legacy in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas, London, New York 1994, S. 141–163.

*Dominique Barthélemy*, Der Herrschaftsmythos der französischen Historiker, in: G. Dilcher, C. Violante (Hrsg.), Strukturen und Wandlungen der ländlichen Herrschaftsformen vom 10. zum 13. Jahrhundert (= Schriften des Italienisch-Deutschen Historischen Instituts Trient Bd. 14), ital. Ausgabe Bologna 1996, Berlin 2000, S. 51–68.

*Michael Baurmann*, Der Markt der Tugend – Recht und Moral in der liberalen Gesellschaft (= Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften, Studien in den Grenzbereichen der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Bd. 91, 2. Auflage, München 2000.

*Oskar Becker*, Grundlagen der Mathematik – in geschichtlicher Entwicklung (= stw Bd. 114 nach der 2. erw. Auflage Freiburg/München 1964), Frankfurt 1975.

*Okko Behrends*, Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken, in: R. Dreier, W. Sellert (Hrsg.), Recht und Justiz im ›Dritten Reich‹ (= stw Bd. 761), Frankfurt 1989, S. 34–79.

*Manilo Bellomo*, Der Text erklärt den Text – Über die Anfänge der mittelalterlichen Jurisprudenz, in: H. Keller, Ch. Meier (Hrsg.), Der Codex im Gebrauch – Akten des internationalen Colloquiums 11.–13. Juni Münster 1992 (= Münstersche Mittelalter-Schriften Bd. 70), München 1996, S. 61–68.

*Robert L. Benson*, Plenitudo potestatis – Evolution of a Formula from Gregory IV to Gratian, Studia Gratiana 14 (1967), S. 193–217.

*Jörg Berkemann, Peter Strasser*, Bibliographie zur Normenlogik in: H. Lenk (Hrsg.), Normenlogik – Grundprobleme der deontischen Logik (= UTB Bd. 414), Pullach bei München 1974, S. 207–251.

*Harold J. Berman*, Recht und Revolution – Die Bildung der westlichen Rechtstradition, engl. Originaltitel: Law and Revolution – The Formation of the Western Legal Tradition, Frankfurt 1991.

*Ernst Bernheim*, Mittelalterliche Zeitanschauungen in ihrem Einfluß auf Politik und Geschichtsschreibung – Die Augustinischen Ideen, Antichrist und Friedensfürst, Regnum und Sacerdotium (1918), Nachdruck Aalen 1964.

*Helmut Beumann*, Die Ottonen (= Urban Taschenbücher Bd. 384), 3. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln 1994.

– Zur Entwicklung transpersonaler Staatsauffassungen, in: Th. Mayer (Hrsg.), Das Königtum – Seine geistigen und rechtlichen Grundlagen (= Vorträge und Forschungen Bd. 3), 4. Nachdruck der 1. Auflage 1956, Sigmaringen 1973, S. 185–224.

*Franz Beyerle*, Das Entwicklungsproblem im germanischen Rechtsgang – Sühne, Rache und Preisgabe in ihrer Beziehung zum Strafprozeß der Volksrechte (= Deutschrechtliche Beiträge Bd. 10), Heidelberg 1915.

*Konrad Beyerle*, Lex baiuvariorum, München 1926.

*Marina Bianchi*, Hayek's Spontaneous Order – The ›correct‹ versus the ›corrigible‹ society, in: Jack Birner, Rudy van Zijp (Hrsg.), Hayek, Coordination and Evolution – His Legacy in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas, New York 1994, S. 232–251.

*Christiane Birr*, Rezension zu ›A. Cordes, B. Kannowski (Hrsg.), Rechtsbegriffe im Mittelalter‹, www.rewi.hu-berlin.de/online/fhi/rezensionen/0403birr.htm.

*Bernhard Bischoff*, Paläographie des römischen Altertums und des abendländischen Mittelalters, 2. überarb. Auflage, Berlin 1986.

*Thomas N. Bisson*, Medieval Lordship, Speculum 70 (1995), S. 743–759.

– The ›Feudal Revolution‹, Past & Present 142 (1994), S. 6–42.

*Claudia Bittner*, Recht als interpretative Praxis – Zu Ronald Dworkins allgemeiner Theorie des Rechts (= Schriften zur Rechtstheorie Bd. 131), Berlin 1988.

*Marita Blattmann*, ›Ein Unglück für sein Volk‹ – Der Zusammenhang zwischen Fehlverhalten des Königs und Volkswohl in Quellen des 7.–12. Jahrhunderts, FMSt 30 (1996), S. 80–102.

*Marc Bloch*, Die Feudalgesellschaft (1939), Frankfurt, Berlin, Wien 1982.

*Uta-Renate Blumenthal*, Gregor VII. – Papst zwischen Canossa und Kirchenreform (= Gestalten des Mittelalters und der Renaissance), Darmstadt 2001.

*Jean Bodin*, Sechs Bücher über den Staat, Buch I–III, franz. Originaltitel: Six livres de la République (1576), übers. v. B. Wimmer, hrsg. v. P.C. Mayer-Tasch, München 1981.

*Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum Staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts, in: ders., Recht, Staat, Freiheit – Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte (= stw Bd. 914), 2. Auflage, Frankfurt 1992, S. 344–366.

– Der Rechtsbegriff in seiner geschichtlichen Entwicklung, Archiv für Begriffsgeschichte 12 (1968), S. 145–165.

– Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert – Zeitgebundene Fragen und Leitbilder (= Schriften zur Verfassungsgeschichte Bd. 1), Berlin 1961.

– Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts, in: ders. Recht, Staat, Freiheit – Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte (= stw Bd. 914), Frankfurt 1991, S. 9–41.

– Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie – Antike und Mittelalter, Tübingen 2002.

*Britta Böhler,* Gerhart Husserl – Leben und Werk, Dissertation, Freiburg 1992.

*Letha Böhringer,* Gewaltverzicht, Gesichtswahrung und Befriedung durch Öffentlichkeit – Beobachtungen zur Entstehung des kirchlichen Eherechts im 9. Jahrhundert am Beispiel Hinkmars von Reims,

in: S. Esders (Hrsg.), Rechtsverständnis und Konfliktbewältigung – Gerichtliche und außergerichtliche Strategien im Mittelalter, Köln, Weimar, Wien 2007, S. 255–289.

*Guy Bois*, Umbruch im Jahr 1000 – Lounard bei Cluny, ein Dorf in Frankreich zwischen Spätantike und Feudalherrschaft, Stuttgart 1993.

*Hans Boldt*, Deutsche Verfassungsgeschichte Bd. 1 – Politische Strukturen und ihr Wandel von den Anfängen bis zum Ende des älteren deutschen Reiches 1806, 2. Auflage, München 1990.

*Lothar Bornscheuer*, Miseriae regum – Untersuchungen zum Krisen- und Todesgedanken in den herrschafts-theologischen Vorstellungen der ottonisch-salischen Zeit (= Arbeiten zur Frühmittelalterforschung Bd. 4), Berlin 1968.

*Julio Borrego Nieto, José Gómez Asencio, Emilio Prieto de los Mozos*, el subjuntivo – valores y usos, séptima edición, Madrid 1985.

*Egon Boshof*, Die Salier (= Urban Taschenbücher Bd. 387), Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1987.

– Königtum und Königsherrschaft im 10. und 11. Jahrhundert (= Enzyklopädie deutscher Geschichte Bd. 27), 2. Auflage, München 1997.

– Ludwig der Fromme (= Gestalten des Mittelalters und der Renaissance), Darmstadt 1996.

*Karl Bosl*, Frühformen der Gesellschaft im mittelalterlichen Europa – Ausgewählte Beiträge zu einer Strukturanalyse der mittelalterlichen Welt, München 1964.

*Stefan Breuer*, Sozialgeschichte des Naturrechts (= Beiträge zur sozialwissenschaftlichen Forschung Bd. 42), Opladen 1983.

*Siegfried Brie*, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht – Eine historisch-dogmatische Untersuchung. Erster Theil. Geschichtliche Grundlegung, Breslau 1899.

*Warren Brown*, The Use of Norms in Disputs in Early Medieval Bavaria, Viator 30 (1999), S. 15–40.

*Carlrichard Brühl*, Die Geburt zweier Völker – Deutsche und Franzosen im frühen Mittelalter (franz. 1994), Köln, Wien 2001.

– Fodrum, Gistum, Servitium regis – Studien zu den wirtschaftlichen Grundlagen des Königtums im Frankenreich und in den fränkischen Nachfolgestaaten Deutschland, Frankreich und Italien vom 6. bis zur Mitte des 14. Jahrhunderts (= Kölner historische Abhandlungen Bde. 14/I-II), 2 Bde., Köln, Graz 1968.

*Franz Brunhölzl*, Geschichte der lateinischen Literatur des Mittelalters Bd. II – Die Zwischenzeit vom Ausgang des karolingischen Zeitalters bis zur Mitte des 11. Jahrhunderts, München 1992.

*Heinrich Brunner*, Deutsche Rechtsgeschichte I, 2. Auflage, Leipzig 1906.

– Grundzüge der Deutschen Rechtsgeschichte, 8. Auflage, Leipzig 1930.

*Otto Brunner*, Land und Herrschaft – Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Südostdeutschlands im Mittelalter (= Veröffentlichungen des Instituts für Geschichtsforschung und Archivwissenschaft in Wien Bd. 1), 2. erg. Auflage, Brünn, München, Wien 1942.

– Moderner Verfassungsbegriff und mittelalterliche Verfassungsgeschichte, in: H. Kämpf (Hrsg.), Herrschaft und Staat im Mittelalter (= Wege der Forschung Bd. 2), Darmstadt 1974, S. 1–19.

*Eugenio Bulygin*, Das Problem der Normenlogik, in: P. Koller, W. Krawietz, P. Strasser (Hrsg.), Institution und Recht – Internationales Symposion zu Ehren von Ota Weinberger (= Rechtstheorie Beiheft 14), Berlin 1994, S. 35–50.

– El concepto de vigencia en Alf Ross, in: C.E. Alchourrón, E. Bulygin (Hrsg.), Análisis lógico y Derecho (= Colección el derecho y la justicia Bd. 24), Madrid 1991, S. 339–353.

*Jörg W. Busch*, Vom einordnenden Sammeln zur argumentierenden Darlegung – Beobachtungen zum Umgang mit Kirchenrechtssätzen im 11. und frühen 12. Jahrhundert, FMSt 28 (1994), S. 243–256.

*Arno Buschmann*, Gewalt und Frieden, in: J.J. Hagen, P. Mader (Hrsg.), Gewalt und Recht – Ringvorlesung zum dreißigjährigen Bestehen der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Salzburg, Frankfurt 1997, S. 11–33.

*Dietrich Busse*, Zum Regel-Charakter von Normtextbedeutungen und Rechtsnormen – Was leistet Wittgensteins Regelbegriff in einer anwendungsbezogenen Semantik für das Interpretationsproblem der juristischen Methodenlehre?, Rechtstheorie 19 (1988), S. 305–322.

*Franz Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage, Wien, New York 1991.

*Philipp Campbell*, Die Kapitularien – Entstehung und Bedeutung, in: A. Cordes, K. Kroeschell (Hrsg.), Funktion und Form – Quellen- und Methodenprobleme der mittelalterlichen Rechtsgeschichte (= Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte Bd. 18), Berlin 1996, S. 23–38.

*Claus-Wilhelm Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz – entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts (= Schriften zur Rechtstheorie Bd. 14), 2. überarb. Auflage, Berlin 1983.

*Georg Cantor*, Beiträge zur Begründung der transfiniten Mengenlehre (1895), in: E. Zermelo (Hrsg.), G. Cantor, Gesammelte Abhandlungen mathematischen und philosophischen Inhalts, Berlin 1932, S. 282–351.

– Über unendliche lineare Punktmannigfaltigkeiten (1879), in: E. Zermelo (Hrsg.), G. Cantor, Gesammelte Abhandlungen mathematischen und philosophischen Inhalts, Berlin 1932, S. 139–246.

*Pio Caroni, Gerhard Dilcher*, Norm und Tradition – Zur Situation und Aufgabe der Rechtsgeschichte als Teil einer europäischen Rechtswissenschaft, in: P. Caroni, G. Dilcher (Hrsg.), Norm und Tradition – Welche Geschichtlichkeit für die Rechtsgeschichte?, Köln, Weimar, Wien 1998, S. 9–14.

*Peter Classen*, Corona Imperii – Die Krone als Inbegriff des römisch-deutschen Reiches im 12. Jahrhundert, in: P. Classen, P. Scheibert (Hrsg.), Festschrift Percy Ernst Schramm, Wiesbaden 1964, S. 90–101.

– (Hrsg.), Recht und Schrift im Mittelalter (= Vorträge und Forschungen Bd. 23), Sigmaringen 1977.

*Helmut Coing*, Der juristische Systembegriff bei Rudolf von Ihering, in: J. Blühdorn, J. Ritter (Hrsg.), Philosophie und Rechtswissenschaft – Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert (= Studien zur Philosophie und Literatur des 19. Jahrhunderts Bd. 3), Frankfurt 1969, S. 149–184.

– Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft, in: H. Coing (Hrsg.), Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht Bd. 1 (1947–1975), Frankfurt 1982, S. 91–107.

*Roger Collins*, The Spanish Kingdoms, in: T. Reuter (Hrsg.), The New Cambridge Medieval History III c.900–c.1024, Cambridge 1999, S. 670–691.

*Yves M.-J. Congar*, Der Platz des Papsttums in der Kirchenfrömmigkeit der Reformer des 11. Jahrhunderts, in: J. Danielou (Hrsg.), Sentire Ecclesiam – Das Bewußtsein von der Kirche als gestaltende Kraft der Frömmigkeit, Freiburg 1961, S. 196–217.

*Hermann Conrad*, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. I – Frühzeit und Mittelalter, 2. Auflage, Karlsruhe 1962.

*Amadeo G. Conte*, Aspekte der Semantik der deontischen Sprache, in: A.G. Conte, R. Hilpinen, G.H.v. Wright (Hrsg.), Deontische Logik und Semantik (= Linguistische Forschungen Bd. 15), Wiesbaden 1977, S. 59–73.

*Albrecht Cordes*, Auf der Suche nach der Rechtswirklichkeit der mittelalterlichen Lex mercatoria, ZRG GA 118 (2001), S. 168–184.

*Albert Cremer*, Die Gesetzgebung im Frankreich des 16. und 17. Jahrhunderts, in: B Dölemeyer, D. Klippel (Hrsg.), Gesetz und Gesetzgebung im Europa der frühen Neuzeit (= Zeitschrift für historische Forschung Beiheft 22), Berlin 1998, S. 33–53.

*Sven Danielsson*, Taking Ross's Paradox Seriously – A note on the original problems of deontic logic, Theoria 71 (2005), S. 20–28.

*Joseph Warren Dauben*, Georg Cantor – His Mathematics and Philosophy of the Infinite, 2. Auflage, Princeton 1990.

*Richard Dedekind*, Was sind und was sollen die Zahlen?, 3. Auflage, Braunschweig 1911.

*Alois Dempf*, Sacrum Imperium – Geschichts- und Staatsphilosophie des Mittelalters und der politischen Renaissance, München, Berlin 1929.

*Roman Deutinger*, Der König als Richter, in: W. Hartmann (Hrsg.), Recht und Gericht in Kirche und Welt um 900 (= Schriften des Historischen Kollegs. Kolloquien Bd. 69), München 2007, S. 31–48.

– Königsherrschaft im Ostfränkischen Reich – Eine pragmatische Verfassungsgeschichte der späten Karolingerzeit (= Beiträge zur Geschichte und Quellenkunde des Mittelalters Bd. 20), Ostfildern 2006.

*Harald Dickerhof*, Wandlungen im Rechtsdenken der Salierzeit am Beispiel der lex naturalis und des ius gentium, in: S. Weinfurter (Hrsg.), Die Salier und das Reich Bd. 3 – Gesellschaftlicher und ideengeschichtlicher Wandel im Reich der Salier, 2. Auflage, Sigmaringen 1992, S. 447–479.

*Malte Diesselhorst*, Die Fehde von Sichar und Chramnesind erzählt von Gregor von Tours, in: O. Behrends (Hrsg.), Libertas – Grundrechtliche und rechtsstaatliche Gewährungen in Antike und Gegenwart; FS Franz Wieacker z. 80. Geb., Ebelsbach 1991, S. 187–208.

*Gerhard Dilcher*, Auf der Suche nach einer Ordnung des Rechts, Rechtsgeschichte 4 (2004), S. 220–223.

– Bildung, Konstanz und Wandel von Normen und Verfahren im Bereich mittelalterlicher Rechtsgewohnheit, in: D. Ruhe, K.-H. Spieß (Hrsg.), Prozesse der Normbildung und Normveränderung im mittelalterlichen Europa, Stuttgart 2000, S. 187–201.

– Der Gedanke der Rechtserneuerung im Mittelalter, in: F. Battenberg, F. Ranieri (Hrsg.), Geschichte der Zentraljustiz in Mitteleuropa – Festschrift für Bernhard Diestelkamp, Weimar, Köln, Wien 1994, S. 1–16.

– Der Kanonist als Gesetzgeber – Zur rechtshistorischen Stellung des Hofrechts Bischof Burchards von Worms 1024/25, in: R.H. Helmholz, P. Mikat, M. Stolleis (Hrsg.), Grundlagen des Rechts – FS Peter Landau zum 65. Geb., Paderborn, München, Wien 2000, S. 105–129.

– Der mittelalterliche Kaisergedanke als Rechtslegitimation, in: D. Willoweit (Hrsg.), Die Begründung des Rechts als historisches Problem (= Schriften des historischen Kollegs; Kolloquien Bd. 45), München 2000, S. 153–170.

– Der rechtswissenschaftliche Positivismus – Wissenschaftliche Methode, Sozialphilosophie, Gesellschaftspolitik, ARSP 61 (1973), S. 497–526.

– Die stadtbürgerliche Gesellschaft und die Verrechtlichung der Lebensbeziehungen im Wandlungsprozeß zwischen Mittelalter und Neuzeit, in: H. Boockmann (Hrsg.), Recht und Verfassung im Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit 1 (= Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Philologisch-Historische Klasse; Folge 3 Bd. 228), Göttingen 1998, S. 93–114.

– Die staufische Renovatio im Spannungsfeld von traditionalem und neuem Denken – Rechtskonzeptionen als Handlungshorizont der Italienpolitik Friedrich Barbarossas, HZ 276 (2003), S. 613–646.

– Die Zwangsgewalt und der Rechtsbegriff vorstaatlicher Ordnungen im Mittelalter, in: A. Cordes, B. Kannowski (Hrsg.), Rechtsbegriffe im Mittelalter (= Rechtshistorische Reihe Bd. 262), Frankfurt 2002, S. 111–153.

– Fehde, Unrechtsausgleich und Strafe im älteren langobardischen Recht – Eine Skizze, in: J. Weitzel (Hrsg.), Hoheitliches Strafen in der Spätantike und im frühen Mittelalter (= Konflikt, Verbrechen und Sanktion in der Gesellschaft Alteuropas. Symposien und Synthesen Bd. 7), Köln, Weimar, Wien 2002, S. 27–45.

– Friede durch Recht, in: J. Fried (Hrsg.), Träger und Instrumentarien des Friedens im hohen und späten Mittelalter, Sigmaringen 1996, S. 204–227.
– Gesetzgebung als Rechtserneuerung – Eine Studie zum Selbstverständnis der mittelalterlichen Leges, in: H.-J. Becker (Hrsg.), Rechtsgeschichte als Kulturgeschichte – FS Adalbert Erler z. 70. Geb., Aalen 1976, S. 13–35.
– Gesetzgebung, Verschriftlichung und Rechtserneuerung im Langobardenrecht, in: I. Birocchi (Hrsg.), A Ennio Cortese, Roma 2001, S. 479–486.
– Gesetzgebungswissenschaft und Naturrecht, Juristenzeitung 24 (1969), S. 1–7.
– Gewalt, Friede und Recht – in der mittelalterlichen Stadt und außerhalb, in: F. Dorn, J. Schröder (Hrsg.), FS Gerd Kleinheyer zum 70. Geb., München 2001, S. 95–106.
– ›Hell, verständig, für die Gegenwart sorgend, die Zukunft bedenkend …‹, ZRG GA 106 (1989), S. 12–45.
– Ländliche Herrschaftsstrukturen in Italien und Deutschland (10.–13. Jahrhundert) – Probleme und Perspektiven, in: G. Dilcher, C. Violante (Hrsg.), Strukturen und Wandlungen der ländlichen Herrschaftsformen vom 10. zum 13. Jahrhundert (= Schriften des Italienisch-Deutschen Historischen Instituts Trient Bd. 14), ital. Ausgabe Bologna 1996, Berlin 2000, S. 95–108.
– Leges, Gentes, Regna – Zur Rolle normativer Traditionen germanischer Völkerschaften bei der Ausbildung der mittelalterlichen Rechtskultur: Fragen und Probleme, in: G. Dilcher, E.-M. Distler (Hrsg.), Leges, Gentes, Regna – Zur Rolle normativer Traditionen germanischer Völkerschaften bei der Ausbildung der mittelalterlichen Rechtskultur, Berlin 2006, S. 15–42.
– Mittelalterliche Rechtsgewohnheit als methodisch-theoretisches Problem, in: ders. (Hrsg.), Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter (= Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte Bd. 6), Berlin 1992, S. 21–65.
– Mittelalterliche Stadtkommune, Städtebünde und Staatsbildung – Ein Vergleich Oberitalien – Deutschland, in: H. Lück, B. Schildt (Hrsg.), Recht, Idee, Geschichte – Beiträge zur Rechts- und Ideengeschichte. FS Rolf Lieberwirth z. 80. Geb., Köln, Weimar, Wien 2000, S. 453–467.
– Mord und Totschlag im alten Worms – Zu Fehde, Sühne, und Strafe im Hofrecht Bischof Burchards, in: S. Buchholz, P. Mikat, D. Werkmüller (Hrsg.), Überlieferung, Bewahrung und Gestaltung in der rechtsgeschichtlichen Forschung – FS Ekkehard Kaufmann z. 70. Geb., Paderborn, München, Wien, Zürich 1993, S. 91–104.
– Mythischer Ursprung und historische Herkunft als Legitimation mittelalterlicher Rechtsaufzeichnungen zwischen Leges und Sachsenspiegel, in: P. Wunderli (Hrsg.), Herkunft und Ursprung – Historische und mythische Formen der Legitimation, Sigmaringen 1994, S. 141–155.
– Oralität, Verschriftlichung und Wandlungen der Normstruktur in den Stadtrechten des 12. und 13. Jahrhunderts, in: K. Grubmüller, H. Keller, N. Staubach (Hrsg.), Pragmatische Schriftlichkeit im Mittelalter (= Münstersche Mittelalter-Schriften Bd. 65), München 1992, S. 9–19.
– Recht ohne Staat, Rechtsdurchsetzung ohne Staat? – Überlegungen zur Rolle der Staatsgewalt im mittelalterlichen Rechtsbegriff, Quaderni fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno 30 (2001), S. 139–158.
– Stadtherrschaft oder kommunale Freiheit – Das 11. Jahrhundert ein Kreuzweg?, in: J. Jarnut, P. Johanek (Hrsg.), Die Frühgeschichte der europäischen Stadt im 11. Jahrhundert (= Städteforschung Bd. 43), Köln, Weimar, Wien 1998, S. 31–44.
– Überlegungen zum langobardischen Strafrecht – Der Bereich öffentlicher Sanktion, in: C. Prittwitz (Hrsg.), FS Klaus Lüderssen zum 70. Geb., Baden-Baden 2002, S. 165–177.
– Von der geschichtlichen Rechtswissenschaft zur Geschichte des Rechts – Leitende Fragestellungen

und Paradigmenwechsel zwischen dem 19. und 20. Jahrhundert, in: P. Caroni, G. Dilcher (Hrsg.), Norm und Tradition – Welche Geschichtlichkeit für die Rechtsgeschichte?, Köln, Weimar, Wien 1998, S. 109–139.
– Warum mittelalterliche Rechtsgeschichte heute?, ZRG GA 116 (1999), S. 1–22.
– Zeitbewußtsein und Geschichtlichkeit im Bereich hochmittelalterlicher Rechtsgewohnheit, in: H.-W. Goetz (Hrsg.), Hochmittelalterliches Geschichtsbewußtsein im Spiegel nichthistoriographischer Quellen, Berlin 1998, S. 31–54.
– Zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte der mittelalterlichen Rechtskultur, in: G. Dilcher, E.-M. Distler (Hrsg.), Leges, Gentes, Regna – Zur Rolle normativer Traditionen germanischer Völkerschaften bei der Ausbildung der mittelalterlichen Rechtskultur, Berlin 2006, S. 603–637.
– Zur Theorie des Gewohnheitsrechts zwischen Alteuropa und Moderne, Index. Quaderni camerti di studi romanistici 23 (1995), S. 67–81.
*Peter Dinzelbacher*, Bernhard von Clairvaux – Leben und Werk des berühmten Zisterziensers (= Gestalten des Mittelalters und der Renaissance), Darmstadt 1998.
*Horst Dreier*, Hans Kelsen und Niklas Luhmann – Positivität des Rechts aus rechtswissenschaftlicher und systemtheoretischer Perspektive, Rechtstheorie 14 (1983), S. 419–458.
*Ralf Dreier*, Der Begriff des Rechts, in: R. Dreier (Hrsg.), Recht, Staat, Vernunft – Studien zur Rechtstheorie 2 (= stw Bd. 954), Frankfurt 1991, S. 95–119.
– Niklas Luhmanns Rechtsbegriff, ARSP 88 (2002), S. 305–322.
– Recht und Moral, in: R. Dreier (Hrsg.), Recht, Moral, Ideologie – Studien zur Rechtstheorie (= stw Bd. 344), Frankfurt 1981, S. 180–216.
– Sein und Sollen – Bemerkungen zur Reinen Rechtslehre Kelsens, in: R. Dreier (Hrsg.), Recht, Moral, Ideologie – Studien zur Rechtstheorie (= stw Bd. 344), Frankfurt 1981, S. 217–240.
*Georges Duby*, Die drei Ordnungen – Das Weltbild des Feudalismus (= stw Bd. 596), franz. Originaltitel: Les trois ordres ou l'imaginaire du féodalisme (1978), Frankfurt 1986.
*Michael Dummett*, Frege – Philosophy of Language, 2. Auflage, Cambridge Mass. 1981.
*Ronald Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen (= stw Bd. 879), Frankfurt 1990.
– Law's Empire, Cambridge Mass., London 1986.
*Heinz-Dieter Ebbinghaus, Jörg Flum, Wolfgang Thomas*, Einführung in die mathematische Logik, 4. Auflage, Heidelberg 1996.
*Wilhelm Ebel*, Der Bürgereid – als Geltungsgrund und Gestaltungsprinzip des deutschen mittelalterlichen Stadtrechts, Weimar 1958.
– Die Willkür – Eine Studie zu den Denkformen des älteren deutschen Rechts (= Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien Bd. 6), Göttingen 1953.
– Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, Göttingen 1958.
– Recht und Form, Tübingen 1975.
– Über die Formel ›für mich und meine Erben‹ in mittelalterlichen Schuldurkunden, ZRG GA 84 (1967), S. 236–274.
*Wilhelm Alfred Eckhardt*, Rezension zu ›F.L. Ganshof, Was waren die Kapitularien?‹, ZRG GA 79 (1962), S. 237–241.
*Hans Heinrich Eggebrecht*, Die Mehrstimmigkeitslehre von ihren Anfängen bis zum 12. Jahrhundert, in: H.H. Eggebrecht, F. A. Gallo, M. Haas, K.-J. Sachs, Die mittelalterliche Lehre von der Mehrstimmigkeit (= Geschichte der Musiktheorie Bd. 5), Darmstadt 1984, S. 9–87.
– Musik im Abendland – Prozesse und Stationen vom Mittelalter bis zur Gegenwart, München 1991.
*Joachim Ehlers*, Die deutsche Nation des Mittelalters als Gegenstand der Forschung, in: J. Ehlers

(Hrsg.), Ansätze und Diskontinuität deutscher Nationsbildung im Mittelalter (= Nationes Bd. 8), Sigmaringen 1989, S. 11–58.
– Die Ordnung der Geschichte, in: B. Schneidmüller, S. Weinfurter (Hrsg.), Ordnungskonfigurationen im hohen Mittelalter (= Vorträge und Forschungen Bd. 64), Ostfildern 2006, S. 37–57.
– Magdeburg, Rom, Aachen, Bamberg – Grablege des Königs und Herrschaftsverständnis in ottonischer Zeit, in: B. Schneidmüller, S. Weinfurter (Hrsg.), Otto III. – Heinrich II. Eine Wende? (= Mittelalter-Forschungen Bd. 1), Sigmaringen 1997, S. 47–76.
*Eugen Ehrlich*, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, in: E. Ehrlich (Hrsg.), Recht und Leben – Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre (= Schriftenreihe des Instituts für Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung der Freien Universität Berlin Bd. 7), Berlin 1967, S. 170–202.
*Eduard Eichmann*, Königs- u. Bischofsweihe (= Sitzungsber. d. bayer. Akad., Phil.-hist. Kl. Bd. 6), München 1928.
*Klaus van Eickels*, Tradierte Konzepte in neuen Ordnungen – Personale Bindungen im 12. und 13. Jahrhundert, in: B. Schneidmüller, S. Weinfurter (Hrsg.), Ordnungskonfigurationen im hohen Mittelalter (= Vorträge und Forschungen Bd. 64), Ostfildern 2006, S. 93–125.
*Reinhard Elze*, Die Herrscherlaudes im Mittelalter, ZRG KA 71 (1954), S. 201–223.
*Günter Endruweit, Gisela Trommsdorff* (Hrsg.), Wörterbuch der Soziologie, 2. Auflage, Stuttgart 2002.
*Jens Ivo Engels*, Das ›Wesen‹ der Monarchie? – Kritische Anmerkungen zum ›Sakralkönigtum‹ in der Geschichtswissenschaft, Majestas 7 (1999), S. 3–39.
*Odilo Engels*, Der Pontifikatsantritt und seine Zeichen, in: Segni e riti nella chiesa altomedievale occidentale (= Settimane di studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo Bd. 33), Spoleto 1987, S. 707–766.
– Der Reichsbischof (10. und 11. Jahrhundert), in: P. Berglar, O. Engels (Hrsg.), Der Bischof in seiner Zeit, Köln 1986, S. 41–94.
– Ruotgers Vita Brunonis, in: A.v. Euw, P. Schreiner (Hrsg.), Kaiserin Theophanu – Begegnung des Ostens und Westens um die Wende des ersten Jahrtausends Bd. 1, Köln 1991, S. 33–46.
– Überlegungen zur ottonischen Herrschaftsstruktur, in: B. Schneidmüller, S. Weinfurter (Hrsg.), Otto III. – Heinrich II. Eine Wende? (= Mittelalter-Forschungen Bd. 1), Sigmaringen 1997, S. 267–325.
– Vorstufen der Staatswerdung im Hochmittelalter – Zum Kontext der Gottesfriedensbewegung, HJb 97 (1978), S. 71–86; wiederabgedruckt in: O. Engels (Hrsg.), Reconquista und Landesherrschaft – Studien zur Rechts- und Verfassungsgeschichte Spaniens im Mittelalter (= Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Ges. NF Bd. 53), Paderborn, München, Wien, Zürich 1989, S. 261–276.
*Karl Engisch*, Einführung in das juristische Denken (= Urban Taschenbücher Bd. 20), 8. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1983.
*Edith Ennen*, Die europäische Stadt des Mittelalters, 4. Auflage, Göttingen 1987.
*Moritz Epple*, Das Ende der Größenlehre – Grundlagen der Analysis 1860–1910, in: H.N. Jahnke (Hrsg.), Geschichte der Analysis (= Texte zur Didaktik der Mathematik), Heidelberg, Berlin, S. 371–410.
*Carl Erdmann*, Die Entstehung des Kreuzzugsgedankens (= Forschungen zur Kirchen- und Geistesgeschichte Bd. 6), Darmstadt 1980.
– Forschungen zur politischen Ideenwelt des Frühmittelalters – Aus dem Nachlaß des Verfassers herausgegeben von Friedrich Baethgen, Berlin 1951.

*Franz-Reiner Erkens*, Der Herrscher als gotes drút – Zur Sakralität des ungesalbten ostfränkischen Königs, HJb 118, S. 1–39.

– Herrschersakralität im Mittelalter – Von den Anfängen bis zum Investiturstreit, Stuttgart 2006.

– Vicarius Christi, sacratissimus legislator, sacra mejestas – Religiöse Herrschaftslegitimierung im Mittelalter, ZRG GA 120 (2003), S. 1–55.

*José Antonio Escudero*, Curso de Historia del Derecho – Fuentes e Instituciones Político-administrativas, 2. Auflage, edición revisada, Madrid 1995.

*Stefan Esders*, Der Reinigungseid mit Helfern – Individuelle und kollektive Rechtsvorstellungen in der Wahrnehmung und Darstellung frühmittelalterlicher Konflikte, in: S. Esders (Hrsg.), Rechtsverständnis und Konfliktbewältigung – Gerichtliche und außergerichtliche Strategien im Mittelalter, Köln, Weimar, Wien 2007, S. 55–77.

*Josef Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts – rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre, 4. Auflage, Tübingen 1990.

*Eugen Ewig*, Zum christlichen Königsgedanken im Frühmittelalter, in: Th. Mayer (Hrsg.), Das Königtum – Seine geistigen und rechtlichen Grundlagen (= Vorträge und Forschungen Bd. 3), 4. Nachdruck der 1. Auflage 1956, Sigmaringen 1973, S. 7–73.

*Hans Erich Feine*, Kirchliche Rechtsgeschichte – Die Katholische Kirche, Weimar 1950.

*Ulrich Felgner*, Zur Geschichte des Mengenbegriffs, in: B. Buldt, E. Köhler, P. Weibel, C. Klein, W. Depauli-Schimanovich-Göttig (Hrsg.), Kurt Gödel. Wahrheit & Beweisbarkeit. Bd. 2 – Kompendium zum Werk, Wien 2002, S. 169–185.

*Johann Gottlieb Fichte*, Das System der Rechtslehre (1812), in: I.H. Fichte (Hrsg.), Fichtes Werke Bd. X – Nachgelassenes zur theoretischen Philosophie II, Berlin 1971, S. 493–652.

– Grundlage des Naturrechts – nach Principien der Wissenschaftslehre (1796), in: I.H. Fichte (Hrsg.) Fichtes Werke Bd. III – Zur Rechts- und Sittenlehre I, Berlin 1971, S. 1–385.

– Über den Begriff der Wissenschaftslehre (1794), in: I.H. Fichte (Hrsg.), Fichtes Werke Bd. I – Zur theoretischen Philosophie I, Berlin 1971, S. 27–81.

*Heinrich Fichtenau*, Arenga – Spätantike und Mittelalter im Spiegel von Urkundenformeln (= Mitteilungen des Instituts für Österreichische Geschichtsforschung, Ergänzungsband 18), Graz, Köln 1957.

– Lebensordnungen des 10. Jahrhunderts – Studien über Denkart und Existenz im einstigen Karolingerreich, München 1992.

*Wolfgang Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung Bd. IV – Dogmatischer Teil, Tübingen 1977.

– Maurice Hauriou und die institutionelle Rechtslehre, in: F. Baur (Hrsg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen – FS Ludwig Raiser z. 70. Geb., Tübingen 1974, S. 559–576.

*Kurt Flasch*, Das philosophische Denken im Mittelalter – Von Augustin zu Machiavelli, Stuttgart 1986.

*Josef Fleckenstein*, Artikel ›Bildungsreform Karls des Großen‹ in: Lexikon des Mittelalters, Bd. II (1983), Sp. 187–189.

– Die Rechtfertigung der geistlichen Ritterorden nach der Schrift ›De laude novae militiae‹ Bernhards von Clairvaux, in: J. Fleckenstein (Hrsg.), Ordnungen und formende Kräfte des Mittelalters – Ausgewählte Beiträge, Göttingen 1989, S. 377–390.

– Hofkapelle und Reichsepiskopat unter Heinrich IV., in: J. Fleckenstein (Hrsg.), Investiturstreit und Reichsverfassung (= Vorträge und Forschungen Bd. 17), Sigmaringen 1973, S. 117–140.

– Problematik und Gestalt der ottonisch-salischen Reichskirche, in: K. Schmid (Hrsg.), Reich und Kirche vor dem Investiturstreit, Sigmaringen 1985, S. 83–98.

– Rittertum zwischen Krieg und Frieden, in: J. Fried (Hrsg.), Träger und Instrumentarien des Friedens im hohen und späten Mittelalter (= Vorträge und Forschungen Bd. 43), Sigmaringen 1996, S. 151–168.

*Dagfinn Føllesdal, Risto Hilpinen*, Deontic Logic – an Introduction, in: R. Hilpinen (Hrsg.), Deontic Logic – Introductory and Systematic Readings (= Synthese Library), Dordrecht 1971, S. 1–35.

*Nikolaus Forgó*, Derselbe Jurist und das andere Recht, in: A. Somek, N. Forgó (Hrsg.), Nachpositivistisches Rechtsdenken – Inhalt und Form des positiven Rechts, Wien 1996, S. 271–283.

*Ernst Forsthoff*, Der totale Staat, Hamburg 1933.

*Manfred Frank*, Das Sagbare und das Unsagbare – Studien zur deutsch-französischen Hermeneutik und Texttheorie (= stw 317), 3. Auflage, Frankfurt 1993.

– ›Unendliche Annäherug‹ – Die Anfänge der philosophischen Frühromantik (= stw 1328), Frankfurt 1997.

*David Fraesdorff*, Beten für die Gesellschaft – Die ›Oratores‹-Theorie als Deutungsmodell der sozialen Wirklichkeit im Mittelalter, HJb 125 (2005), S. 1–38.

*Michael Frase*, Friede und Königsherrschaft – Quellenkritik und Interpretation der Continuatio Reginonis. Studien zur ottonischen Geschichtsschreibung (= Studia Irenica Bd. 35), Frankfurt 1990.

*Gottlob Frege*, Begriffsschrift, 5. Nachdruck der 2. Auflage, Darmstadt 1998.

– Der Gedanke – Eine logische Untersuchung, in: ders., Logische Untersuchungen (= Kleine Vandenhoeck-Reihe 1219), 4. Auflage, Göttingen 1993, S. 30–53.

– Funktion und Begriff, in: ders., Funktion, Begriff, Bedeutung (= Kleine Vandenhoeck-Reihe Bd. 1144) 7. Auflage, Göttingen 1994, S. 18–39.

– Grundgesetze der Arithmetik I/II (= Olms Paperbacks Bd. 32), 2. Nachdruck Bd. I 1893; Bd. II 1903, Hildesheim, Zürich, New York 1998.

– Über Begriff und Gegenstand, in: ders., Funktion, Begriff, Bedeutung (= Kleine Vandenhoeck-Reihe Bd. 1144) 7. Auflage, Göttingen 1994, S. 66–80.

– Über Sinn und Bedeutung, in: ders., Funktion, Begriff, Bedeutung (= Kleine Vandenhoeck-Reihe Bd. 1144) 7. Auflage, Göttingen 1994, S. 40–65.

*Walter Freund*, Modernus und andere Zeitbegriffe des Mittelalters (= Neue Münstersche Beiträge zur Geschichtsforschung Bd. 4), Köln, Graz 1957.

*Johannes Fried*, Der Schleier der Erinnerung – Grundzüge einer historischen Memorik, München 2004

– *Der* Weg in die Geschichte – Die Ursprünge Deutschlands bis 1024, Berlin 1998.

– Die Formierung Europas 840–1046 (= Oldenbourg Grundriß der Geschichte Bd. 6), 2. Auflage, München 1993.

– Die Königserhebung Heinrichs I. – Erinnerung, Mündlichkeit und Traditionsbildung im 10. Jahrhundert, in: M. Borgolte (Hrsg.), Mittelalterforschung nach der Wende 1989 (= Historische Zeitschrift Beihefte Neue Folge Bd. 20), München 1995, S. 267–318.

– Gens und regnum – Wahrnehmungs- und Deutungskategorien politischen Wandels im frühen Mittelalter. Bemerkungen zur doppelten Theoriebindung des Historikers, in: J. Miethke, K. Schreiner (Hrsg.), Sozialer Wandel im Mittelalter – Wahrnehmungen, Erklärungsmuster, Regelmechanismen, Sigmaringen 1994, S. 73–104.

*Daniela Fruscione*, Ansätze übergreifender germanischer Rechtssprachen, in: G. Dilcher, E.-M. Distler (Hrsg.), Leges, Gentes, Regna – Zur Rolle normativer Traditionen germanischer Völkerschaften bei der Ausbildung der mittelalterlichen Rechtskultur, Berlin 2006, S. 167–182.

*Horst Fuhrmann*, Das Reformpapsttum und die Rechtswissenschaft, in: J. Fleckenstein (Hrsg.), Investiturstreit und Reichsverfassung (= Vorträge und Forschungen Bd. 17), Sigmaringen 1973, S. 175–203.

– Deutsche Geschichte im hohen Mittelalter – Von der Mitte des 11. bis zum Ende des 12. Jahrhunderts (= Deutsche Geschichte Bd. 2), 2. Auflage, Göttingen 1983.
– Die Fälschungen im Mittelalter, HZ 197 (1963), S. 529–601.
– Rezension zu ›H.J. Berman, Recht und Revolution‹, DA 48 (1992), S. 335–335.
*Sten Gagnér*, Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung, Stockholm, Upsala, Göteborg 1960.
*François Louis Ganshof*, Was waren die Kapitularien?, Weimar 1961.
*Roy Garré*, Consuetudo – Das Gewohnheitsrecht in der Rechtsquellen- und Methodenlehre des späten ius commune in Italien (16.–18. Jahrhundert) (= Studien zur europäischen Rechtsgeschichte Bd. 183), Frankfurt 2005.
*Joachim Gernhuber*, Die Landfriedensbewegung in Deutschland bis zum Mainzer Reichslandfrieden von 1235 (= Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 44), Bonn 1952.
*Dieter Geuenich*, Kritische Anmerkungen zur sogenannten ›anianischen Reform‹, in: D.R. Bauer, R. Hiestand, B. Kasten (Hrsg.), Mönchtum, Kirche, Herrschaft 750–1000, Sigmaringen 1998, S. 99–112.
*Tomasz Gizbert-Studnicki*, The Non-Linguistic Concept of Norm and Ontology, in: W. Krawietz, J. Wróblewski (Hrsg.), Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts – FS K. Opałek z. 75. Geb., Berlin 1993, S. 423–434.
*Knut Görich*, Die Ehre Friedrich Barbarossas – Kommunikation, Konflikt und politisches Handeln im 12. Jahrhundert (= Symbolische Kommunikation in der Vormoderne), Darmstadt 2001.
– Ehre als Ordnungsfaktor – Anerkennung und Stabilisierung von Herrschaft unter Friedrich Barbarossa und Friedrich II., in: B. Schneidmüller, S. Weinfurter (Hrsg.), Ordnungskonfigurationen im hohen Mittelalter (= Vorträge und Forschungen Bd. 64), Ostfildern 2006, S. 59–92.
– Eine Wende im Osten – Heinrich II. und Boleslaw Chrobry, in: B. Schneidmüller, S. Weinfurter (Hrsg.), Otto III. – Heinrich II. Eine Wende? (= Mittelalter-Forschungen Bd. 1), Sigmaringen 1997, S. 95–167.
*Hans Werner Goetz*, Das Geschichtsbild Ottos von Freising – ein Beitrag zur historischen Vorstellungswelt und zur Geschichte des 12. Jahrhundert (= Beihefte zum Archiv für Kulturgeschichte Bd. 19), Köln, Weimar, Wien 1984.
– Der ›rechte‹ Sitz – Die Symbolik von Rang und Herrschaft im Hohen Mittelalter im Spiegel der Sitzordnung, in: G. Blaschitz, H. Hundsbichler, G. Jaritz, E. Vavra (Hrsg.), Symbole des Alltags – Alltag der Symbole. FS Harry Kühnel z. 65. Geb., Graz 1992, S. 11–47.
– Die Gottesfriedensbewegung im Licht neuerer Forschungen, in: A. Buschmann, E. Wadle (Hrsg.), Landfrieden – Anspruch und Wirklichkeit, Paderborn, Wien, München, Zürich 2002, S. 31–54.
– Die Rezeption der augustinischen civitas-Lehre in der Geschichtstheologie des 12. Jahrhunderts – Ein Beitrag zu den Politischen Vorstellungen des Honorius Augustodunensis, in: H.W. Goetz (Hrsg.), Vorstellungsgeschichte – Gesammelte Schriften zu Wahrnehmungen, Deutungen und Vorstellungen im Mittelalter, Bochum 2007, S. 89–113.
– Die Vorstellungen von Recht und Gerechtigkeit in der Merowingischen Geschichtsschreibung – das Beispiel Gregors von Tours, in: G. Dilcher, E.-M. Distler (Hrsg.), Leges, Gentes, Regna – Zur Rolle normativer Traditionen germanischer Völkerschaften bei der Ausbildung der mittelalterlichen Rechtskultur, Berlin 2006, S. 91–117.
– Die Zeit als Ordnungsfaktor in der hochmittelalterlichen Geschichtsschreibung, in: P. Dilg, G. Keil, D.-R. Moser (Hrsg.), Rhythmus und Saisonalität – Kongreßakten des 5. Symposions des Mediävistenverbandes in Göttingen 1993, Sigmaringen 1995, S. 63–74.
– Gottesfriede und Gemeindebildung, ZRG GA 105 (1987), S. 122–144.

– Herrschaft und Recht in der frühmittelalterlichen Grundherrschaft, HJb 104 (1984), S. 392–410.
– Kirchenschutz, Rechtswahrung und Reform – Zu den Zielen und zum Werden der Gottesfriedensbewegung in Frankreich, Francia 11 (1983), S. 193–239.
– Les ›ordines‹ dans la théorie médiévale de la société – un système hiérarchique? (wird erscheinen) in: Dominique Iogna-Prat (Hrsg.), Hiérarchie, ordre et mobilité dans l'Occident médiéval (400–1100), preprint: ›http://lamop.univ-paris1.fr/W3/auxerre/Goetz.pdf‹.
– Regnum – Zum politischen Denken der Karolingerzeit, ZRG GA 104 (1987), S. 110–189.
– Tradition und Geschichte im Denken Gregors VII., in: D. Berg, H. W. Goetz (Hrsg.), Historiographica mediaevalis – Studien zur Geschichtsschreibung und Quellenkunde des Mittelalters (= FS Franz Josef Schmale), Darmstadt 1988, S. 138–148.
*Werner Goez*, Kirchenreform und Investiturstreit 910–1122 (= Urban Taschenbücher Bd. 462), Berlin, Köln 2000.
*Jack Goody*, Die Logik der Schrift und die Organisation von Gesellschaft, Frankfurt 1990.
*Jack Goody, Ian Watt*, Konsequenzen der Literalität. In: J. Goody, K. Gough, I. Watt (Hrsg.), Entstehung und Folgen der Schriftkultur (= stw Bd. 600), Frankfurt 1986, S. 63-122.
*Martin Grabmann*, Die Geschichte der scholastischen Methode, 2 Bde. – Nach den gedruckten und ungedruckten Quellen bearbeitet (1909), Nachdruck Darmstadt 1988.
*František Graus*, Verfassungsgeschichte des Mittelalters, HZ 243 (1986), S. 529–589.
*Ruth Groh*, Arbeit an der Heillosigkeit der Welt – Zur politisch-theologischen Mythologie und Anthropologie Carl Schmitts (= stw Bd. 1383), Frankfurt 1998.
*Rolf Große*, Der Friede in Frankreich bis zur Mitte des 12. Jahrhunderts, in: F.-R. Erkens, H. Wolff (Hrsg.), Von sacerdotium und regnum – Geistliche und weltliche Gewalt im frühen und hohen Mittelalter. FS Egon Boshof zum 65. Geb. (= Passauer Historische Forschungen Bd. 12), Köln, Weimar, Wien 2002, S. 77–110.
*Paolo Grossi*, El orden jurídico medieval, ital. Originaltitel: L'Ordine giuridico medievale (1995), Madrid 1996.
*Klaus Grubmüller, Hagen Keller, Nikolaus Staubach* (Hrsg.), Pragmatische Schriftlichkeit im Mittelalter (= Münstersche Mittelalter-Schriften Bd. 65), München 1992.
*Franz Gschnitzer*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Auflage, Wien, New York 1992.
*Klaus Günther*, Der Sinn für Angemessenheit – Anwendungsdiskurse in Moral und Recht, Frankfurt 1988.
*Alejandro Guzmán Brito*, Historia de la denominación del derecho-facultad como ›subjetivo‹, Revista de estudios histórico-juridicos 25 (2003), S. 407–443.
*Hans-Rudolf Hagemann*, Fides facta und wadiatio – Vom Wesen des altdeutschen Formalvertrages, ZRG GA 83 (1966), S. 1–34.
– Vom Diebstahl im altdeutschen Recht, in: S. Gagnér, H. Schlosser, W. Wiegand (Hrsg.), FS Hermann Krause, Wien, Köln 1975, S. 1–20.
– Vom Verbrechenskatalog des altdeutschen Strafrechts, ZRG GA 91 (1974), S. 1–72.
*Othmar Hageneder*, Das Crimen maiestatis, der Prozeß gegen die Attentäter Papst Leos III. und die Kaiserkrönung Karls des Großen, in: H. Mordek (Hrsg.), Aus Kirche und Reich – Studien zu Theologie, Politik u. Recht im Mittelalter; FS Friedrich Kempf z. 75. Geb., Sigmaringen 1983, S. 55–79.
– Die Häresie des Ungehorsams und das Entstehen des hierokratischen Papsttums, Römische Historische Mitteilungen 20 (1978), S. 29–47.
– Papstregister und Dekretalenrecht, in: P. Classen (Hrsg.), Recht und Schrift im Mittelalter (= Vorträge und Forschungen Bd. 23), Sigmaringen 1977, S. 319–347.

*Notker Hammerstein*, Samuel Pufendorf, in: M. Stolleis (Hrsg.), Staatsdenker in der frühen Neuzeit, 3. Auflage, München 1995, S. 172–196.

*Jürgen Hannig*, Consensus fidelium – Frühfeudale Interpretationen des Verhältnisses von Königtum und Adel am Beispiel des Frankenreiches (= Monographien zur Geschichte des Mittelalters Bd. 27), Stuttgart 1982.

*Richard M. Hare*, Die Sprache der Moral (= stw Bd. 412), engl. Originaltitel: The Language of Morals, 2. Auflage, Frankfurt 1997.

*Herbert Lionel Adolphus Hart*, Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral, in: ders., Recht und Moral (= Kleine Vandenhoeck-Reihe Bd. 339), Göttingen 1971, S. 14–57.

– The Concept of Law (= Clarendon Law Series), 2. Auflage, Oxford, New York 1994.

*Wilfried Hartmann*, Autoritäten im Kirchenrecht und Autorität des Kirchenrechts in der Salierzeit, in: S. Weinfurter (Hrsg.), Die Salier und das Reich Bd. 3 – Gesellschaftlicher und ideengeschichtlicher Wandel im Reich der Salier, 2. Auflage, Sigmaringen 1992, S. 425–446.

– Beziehungen des Normannischen Anonymus zu frühscholastischen Bildungszentren, DA 31 (1975), S. 108–143.

– Der Bischof als Richter – Zum geistlichen Gericht über kriminelle Vergehen von Laien im frühen Mittelalter (6.–11. Jahrhundert), Römische Historische Mitteilungen 28 (1986), S. 103–124.

– Discipulus non est super magistrum (Matth. 10,24) – Zur Rolle der Laien und der niederen Kleriker im Investiturstreit, in: H. Mordek (Hrsg.), Papsttum, Kirche und Recht im Mittelalter – FS Horst Fuhrmann zum 65. Geb., Tübingen 1991, S. 187–200.

– Gottesfriede, Königsfriede, Landfriede, in: Wilfried Hartmann, Der Frieden im frühen Mittelalter – Zwei Studien (= Beiträge zur Friedensethik Bd. 12), Barsbüttel 1992, S. 19–46 (Text) u. 54–59 (Anmerkungen).

– Manegold von Lautenbach und die Anfänge der Frühscholastik, DA 26 (1970), S. 47–149.

– ›Modernus‹ und ›antiquus‹ – Zur Verbreitung und Bedeutung dieser Bezeichnungen in der wissenschaftlichen Literatur vom 9. bis zum 12. Jahrhundert, in: A. Zimmermann (Hrsg.), Antiqui und Moderni – Traditionsbewußtsein und Fortschrittsbewußtsein in späten Mittelalter, Berlin 1974, S. 21–39.

*William Harvey*, Exercitatio anatomica de motv cordis et sangvinis in animalibvs, Frankfurt 1628 (elektronische Faksimileedition unter ›www.rarebookroom.org/Control/hvyexc/‹).

*Hans Hattenhauer*, Das Herz des Königs in der Hand Gottes – Zum Herrscherbild in Spätantike und Mittelalter, ZRG KA 67 (1981), S. 1–35.

– Das Recht der Heiligen (= Schriften zur Rechtsgeschichte Bd. 12), Berlin 1976.

– Die Bedeutung der Gottes- und Landfrieden für die Gesetzgebung in Deutschland, Dissertation (iur. 1958), Marburg 1960.

– Pax et iustitia (= Berichte aus den Sitzungen der Joachim Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften Hamburg Jahrgang 1, Heft 3), Hamburg 1983.

– Rezension zu ›A. Buschmann, E. Wadle (Hrsg.), Landfrieden‹, ZRG GA 120 (2003), S. 590–591.

*Maurice Hauriou*, Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze (= Schriften zur Rechtstheorie Bd. 5) hrsg. von Roman Schnur, Berlin 1965.

*Alfred Haverkamp*, Bruderschaften und Gemeinden im 12. und 13. Jahrhundert, in: B. Schneidmüller, S. Weinfurter (Hrsg.), Ordnungskonfigurationen im hohen Mittelalter (= Vorträge und Forschungen Bd. 64), Ostfildern 2006, S. 153–192.

*Friedrich August v. Hayek*, Die Verfassung der Freiheit (1971), 3. Auflage, Tübingen 1991.

– Law, Legislation and Liberty I. Rules and Order (1973), Reprint London, New York 2003.

*Dirk Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen – Elemente einer Theorie der autoritativen Normgeltungsbeendigung, Tübingen 1997.

*Georg Friedrich Wilhelm Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse (1821) (= GWF. Hegel, Theorie-Werkausgabe Bd. 7), Frankfurt 1982.

*Ernst-Dieter Hehl*, Die Sorge für den Landfrieden als Fall des gerechten Krieges, in: A. Buschmann, E. Wadle (Hrsg.), Landfrieden – Anspruch und Wirklichkeit, Paderborn, Wien, München, Zürich 2002, S. 55–72.

– Die Synoden des ostfränkisch-deutschen und des westfränkischen Reichs im 10. Jahrhundert – Karolingische Tradition und Neuansätze, in: W. Hartmann (Hrsg.), Recht und Gericht in Kirche und Welt um 900 (= Schriften des Historischen Kollegs. Kolloquien Bd. 69), München 2007, S. 125–150.

– Herrscher, Kirche und Kirchenrecht im spätottonischen Reich, in: B. Schneidmüller, S. Weinfurter (Hrsg.), Otto III. – Heinrich II. Eine Wende? (= Mittelalter-Forschungen Bd. 1), Sigmaringen 1997, S. 169–203.

*Friedrich Heer*, Aufgang Europas – Eine Studie zu den Zusammenhängen zwischen politischer Religiosität/Frömmigkeitsstil und dem Werden Europas im 12. Jahrhundert, Wien, Zürich 1949.

*Hermann Heller*, Die Souveränität – Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts (= Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht Bd. 4), Berlin, Leipzig 1927.

– Staatslehre, 6. Auflage, Tübingen 1983.

*Dieter Henrich*, Verständigung über Hegel, in: ders. (Hrsg.), Hegels Wissenschaft der Logik – Formation und Rekonstruktion (= Veröffentlichung der internationalen Hegel-Vereinigung Bd. 16), S. 7–12.

*Maximilian Herberger, Dieter Simon*, Wissenschaftstheorie für Juristen – Logik, Semiotik, Erfahrungswissenschaften, Frankfurt 1980.

*Jaakko Hintikka*, An Anatomy of Wittgenstein's Picture Theory, in: ders. (Hrsg.), Ludwig Wittgenstein – Half-Truths and One-and-a-Half-Truths, Dordrechts 1996, S. 21–54.

– Some Main Problems of Deontic Logic, in: R. Hilpinen (Hrsg.), Deontic Logic – Introductory and Systematic Readings (= Synthese Library), Dordrecht 1971, S. 59–104.

*Eduard Hlawitschka*, Der Thronwechsel von 1002 und die Konradiner – Eine Auseinandersetzung mit zwei Arbeiten von Armin Wolf und Donald C. Jackman, ZRG GA 110 (1993), S. 149–248.

– Die Thronkandidaten von 1002 und 1024 – Gründeten sie im Verwandtenanspruch oder in Vorstellungen von freier Wahl?, in: K. Schmid (Hrsg.), Reich und Kirche vor dem Investiturstreit, Sigmaringen 1985, S. 49–64.

– Vom Frankenreich zur Formierung der europäischen Staaten- und Völkergemeinschaft 840–1046 – Ein Studienbuch, Darmstadt 1986.

*Otfried Höffe*, Politische Gerechtigkeit – Grundlagen einer kritischen Philosophie von Recht und Staat (= stw Bd. 800), 2. Auflage, Frankfurt 1994.

– Vernunft und Recht – Bausteine zu einem interkulturellen Rechtsdiskurs (= stw Bd. 1270), Frankfurt 1996.

*Norbert Hoerster*, Einleitung zu H.L.A. Hart., Recht und Moral (= Kleine Vandenhoeck-Reihe Bd. 339), Göttingen 1971, S. 5–13.

– Zur Verteidigung der rechtspositivistischen Trennungsthese, ARSP Beiheft 37 (1990), S. 27–32.

*Vittorio Hösle*, Carl Schmitts Kritik an der Selbstaufhebung einer wertneutralen Verfassung in ›Legalität und Legitimität‹, Deutsche Vierteljahresschrift für Literaturwissenschaft und Geistesgeschichte 61 (1986), S. 1–34.

– Hegels System – Der Idealismus der Subjektivität und das Problem der Intersubjektivität, Studienausgabe, Darmstadt 1998.

– Intersubjektivität und Willensfreiheit in Fichtes ›Sittenlehre‹, in: M. Kahlo, E.A. Wolff, R. Zaczyk (Hrsg.), Fichtes Lehre vom Rechtsverhältnis – Die Deduktion der §§ 1–4 der Grundlage des Naturrechts und ihre Stellung in der Rechtsphilosophie (= Juristische Abhandlungen Bd. 21), Frankfurt 1992, S. 29–52.
*Hartmut Hoffmann*, Der König und seine Bischöfe in Frankreich und im Deutschen Reich 936–1060, in: W. Hartmann (Hrsg.), Bischof Burchard von Worms 1000–1025 (= Quellen und Abhandlungen zur mittel-rheinischen Kirchengeschichte Bd. 100), Mainz 2000, S. 78–127.
– Gottesfriede und Treuga Dei (= Schriften der MGH Bd. 20), Stuttgart 1964.
– Grafschaften in Bischofshand, DA 46 (1990), S. 375–480.
– Mönchskönig und rex idiota – Studien zur Kirchenpolitik Heinrichs II. und Konrads II. (= MGH Studien und Texte Bd. 8), Hannover 1993.
*Hasso Hofmann*, Gebot, Vertrag, Sitte – Die Urformen der Begründung von Rechtsverbindlichkeit (= Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie Bd. 17), Baden-Baden 1993.
– Hugo Grotius, in: M. Stolleis (Hrsg.), Staatsdenker in der frühen Neuzeit, 3. Auflage, München 1995, S. 52–77.
– Legitimität gegen Legalität – Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts, 2. Auflage ergänzt durch eine Vorbemerkung, Berlin 1992.
– Legitimität und Rechtsgeltung – Verfassungstheoretische Bemerkungen zu einem Problem der Staatslehre und der Rechtsphilosophie (= Schriften zur Rechtstheorie Bd. 64), Berlin 1975.
*Alexander Hollerbach*, Der Rechtsgedanke bei Schelling – Quellenstudien zu seiner Rechts- und Staatsphilosophie (= Philosophische Abhandlungen Bd. 13), Frankfurt 1957.
*Robert Holtzmann*, Geschichte der sächsischen Kaiserzeit (900–1024), München 1941.
*Heinz Holzhauer*, Zum Strafgedanken im frühen Mittelalter, in: S. Buchholz, P. Mikat, D. Werkmüller (Hrsg.), Überlieferung, Bewahrung und Gestaltung in der rechtsgeschichtlichen Forschung – FS Ekkehard Kaufmann z. 70. Geb., Paderborn München Wien Zürich 1993, S. 179–192.
*Ludger Honnefelder*, Naturrecht und Normwandel bei Thomas von Aquin und Johannes Duns Scotus, in: J. Miethke, K. Schreiner (Hrsg.), Sozialer Wandel im Mittelalter – Wahrnehmungen, Erklärungsmuster, Regelmechanismen, Sigmaringen 1994, S. 197–213.
*Edmund Husserl*, Formale und transzendentale Logik (= Gesammelte Schriften Bd. 7), Hamburg 1992.
– Logische Untersuchungen Bd. I – Prolegomena zur reinen Logik (= Gesammelte Schriften Bd. 2), Hamburg 1992.
– Philosophie der Arithmetik (= Gesammelte Schriften Bd. 1), Hamburg 1992.
*Gerhart Husserl*, Rechtskraft und Rechtsgeltung – Eine rechtsdogmatische Untersuchung, Berlin 1925.
*Rudolf von Ihering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung Bd. II (1858), Neudruck der 5. Auflage 1898, 9. Auflage, Aalen 1968.
*Takeshi Ishikawa*, Die innere Struktur des mittelalterlichen Rechts – Das Beispiel des Sachsenspiegels, in: A. Cordes, K. Kroeschell (Hrsg.), Funktion und Form – Quellen- und Methodenprobleme der mittelalterlichen Rechtsgeschichte, Berlin 1996, S. 135–152.
*Uwe Kai Jacobs*, Die Regula Benedicti als Rechtsbuch – Eine rechtshistorische und rechtstheologische Untersuchung, Köln, Wien 1987.
*Hans Niels Jahnke*, Die algebraische Analysis des 18. Jahrhunderts, in: ders. (Hrsg.), Geschichte der Analysis (= Texte zur Didaktik der Mathematik), Heidelberg, Berlin, S. 131–170.
*Hermann Jakobs*, Kirchenreform und Hochmittelalter, 1046–1215 (= Oldenbourg-Grundriß der Geschichte Bd. 7), München, Wien 1984.

*Jörg Jarnut*, Anmerkungen zum Staat des frühen Mittelalters – Die Kontroverse zwischen Johannes Fried und Hans-Werner Goetz, in: D. Hägermann, W. Haubrichs, J. Jarnut (Hrsg.), Akkulturation – Probleme einer germanisch-romanischen Kultursynthese in Spätantike und frühem Mittelalter (= Ergänzungsbände zum Reallexikon der germanischen Altertumskunde Bd. 41), Berlin 2004, S. 504–509.

– Germanisch – Plädoyer für die Abschaffung eines obsoleten Zentralbegriffes der Frühmittelalterforschung, in: G. Dilcher, E.-M. Distler (Hrsg.), Leges, Gentes, Regna – Zur Rolle normativer Traditionen germanischer Völkerschaften bei der Ausbildung der mittelalterlichen Rechtskultur, Berlin 2006, S. 69–77.

*Georg Jellinek*, Adam in der Staatslehre (1893), in: *ders.*, Ausgewählte Schriften und Reden, Bd. 2, Berlin 1911, S. 23–44.

– Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage, Berlin 1914.

*Jens Jetzkowitz, Carsten Stark* (Hrsg.), Soziologischer Funktionalismus – Zur Methodologie einer Theorietradition, Opladen 2003.

*Josef Andreas Jungmann*, Missarum Sollemnia – Eine genetische Erklärung der römischen Messe, 2 Bde. Wien 1948.

*Bernhard Jussen*, Ordo zwischen Ideengeschichte und Lexikometrie – Vorarbeiten an einem Hilfsmittel mediävistischer Begriffsgeschichte, in: B. Schneidmüller, S. Weinfurter (Hrsg.), Ordnungskonfigurationen im hohen Mittelalter (= Vorträge und Forschungen Bd. 64), Ostfildern 2006, S. 227–256.

*Joseph H. Kaiser*, Konkretes Odnungsdenken, in: H. Quaritsch (Hrsg.), Complexio Oppositorum – Über Carl Schmitt, Berlin 1988, S. 319–340.

*Reinhold Kaiser*, Selbsthilfe und Gewaltmonopol – Königliche Friedenswahrung in Deutschland und Frankreich im Mittelalter, FMSt 17 (1983), S. 55–72.

*Georges Kalinowski*, Einführung in die Normenlogik (= Schwerpunkte Linguistik und Kommunikationswissenschaft Bd. 11), Frankfurt 1972.

– Lógica de las Normas y Lógica Deóntica, 2. Auflage, Mexico D.F. 1996.

– Über die Bedeutung der Deontik für Ethik und Rechtsphilosophie, in: A.G. Conte, R. Hilpinen, G.H.v. Wright (Hrsg.), Deontische Logik und Semantik (= Linguistische Forschungen Bd. 15) Orig. in franz., Wiesbaden 1977, S. 101–129.

*Friedrich Kambartel*, ›System‹ und ›Begründung‹ als wissenschaftliche und philosophische Ordnungsbegriffe bei und vor Kant, in: J. Blühdorn, J. Ritter (Hrsg.), Philosophie und Rechtswissenschaft – Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert (= Studien zur Philosophie und Literatur des 19. Jahrhunderts Bd. 3), Frankfurt 1969, S. 99–122.

*Wilhelm Kamlah*, Apokalypse und Geschichtstheologie – Die mittelalterliche Auslegung der Apokalypse vor Joachim von Fiore (= Eberings Historische Studien Bd. 285), Berlin 1935.

*Georg Kamp*, Logik und Deontik – Über die sprachlichen Instrumente praktischer Vernunft, Paderborn 2001.

*Bernd Kannowski*, Rechtsbegriffe im Mittelalter – Stand der Diskussion, in: A. Cordes, B. Kannowski (Hrsg.), Rechtsbegriffe im Mittelalter (= Rechtshistorische Reihe Bd. 262), Frankfurt 2002, S. 1–27.

– Über die deontischen Funktoren, in: H. Lenk (Hrsg.), Normenlogik – Grundprobleme der deontischen Logik (= UTB Bd. 414), Pullach bei München 1974, S. 39–63.

*Immanuel Kant,* Kritik der reinen Vernunft, nach der 1. und 2. Orig.-Ausg. hrsg. von. J. Timmermann (= Meiner. Philosophische Bibliothek Bd. 505), Hamburg 1998.

– Metaphysik der Sitten (1797/1798) (= I. Kant, Theorie-Werkausgabe Bd. VIII = stw Bd. 190), 3. Auflage, Frankfurt 1979.

– Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft (1786), in: I. Kant, Schriften zur Naturphilosophie (= I. Kant, Theorie-Werkausgabe Bd. IX = stw Bd. 191), Frankfurt 1977.
– Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für der Praxis, in: Immanuel Kant, Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie und Pädagogik 1 (= Theorie-Werkausgabe Bd. XI = stw 192), S. 127–172.
*Ernst H. Kantorowicz*, Deus per naturam, Deus per gratiam – Eine Anmerkung zur politischen Theologie des Mittelalters, in: E.H. Kantorowicz (Hrsg.), Götter in Uniform – Studien zur Entwicklung des abendländischen Königtums, Stuttgart 1998, S. 155–179.
– Die zwei Körper des Königs – Eine Studie zur politischen Theologie des Mittelalters, engl. Originaltitel: The King's Two Bodies (1957), München 1990.
– Laudes Regiae – A Study in Liturgical Acclamations and Medieval Rules Worship, 2. Auflage, Berkeley 1958.
*Hermann Kantorowicz*, Der Begriff des Rechts (= Kleine Vandenhoeck-Reihe Bd. 152/153), Göttingen 1957.
*Ekkehard Kaufmann*, Aequitatis iudicium – Königsgericht und Billigkeit in der Rechtsordnung des frühen Mittelalters (= Frankfurter Wissenschaftliche Beiträge, Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Reihe Bd. 18), Frankfurt 1959.
*Hagen Keller*, Das Bildnis Kaiser Heinrichs im Regensburger Evangeliar aus Montecassino (Vat. Ottob. lat. 74) – Zugleich ein Beitrag zu Wipos Tetralogus, FMSt 30 (1996), S. 173–214.
– Das neue Bild des Herrschers – Zum Wandel der ›Herrschaftsrepräsentation‹ unter Otto dem Großen, in: B. Schneidmüller, S. Weinfurter (Hrsg.), Ottonische Neuanfänge – Symposion zur Ausstellung ›Otto der Große, Magdeburg und Europa‹, Mainz 2001, S. 189–211.
– Der Übergang zur Kommune – Zur Entwicklung der italienischen Stadtverfassung im 11. Jahrhundert, in: B. Diestelkamp (Hrsg.), Beiträge zum hochmittelalterlichen Städtewesen, Köln 1982, S. 55–72.
– Die Entwicklung der europäischen Schriftkultur im Spiegel der mittelalterlichen Überlieferung – Beobachtungen und Überlegungen, in: P. Leidinger, D. Metzler (Hrsg.), Geschichte und Geschichtsbewußtsein – FS K.E. Jeismann, Münster 1990, S. 171–204.
– Die Idee der Gerechtigkeit und die Praxis königlicher Rechtswahrung im Reich der Ottonen, in: La giustizia nell'alto medioevo (secoli IX–XI), Spoleto 1997, S. 91–131.
– Die Investitur – Ein Beitrag zum Problem der ›Staatssymbolik‹ im Hochmittelalter, FMSt 27 (1993), S. 51–86.
– Die Veränderung gesellschaftlichen Handelns und die Verschriftlichung der Administration in den italienischen Stadtkommunen, in: K. Grubmüller, H. Keller, N. Staubach (Hrsg.), Pragmatische Schriftlichkeit im Mittelalter (= Münstersche Mittelalter-Schriften Bd. 65), München 1992, S. 21–36.
– Grundlagen ottonischer Königsherrschaft, in: K. Schmid (Hrsg.), Reich und Kirche vor dem Investiturstreit, Sigmaringen 1985, S. 17–34.
– Herrscherbild und Herrschaftslegitimation – Zur Deutung der ottonischen Denkmäler, FMSt 19 (1985), S. 290–311.
– Ordnungsvorstellungen, Erfahrungshorizonte und Welterfassung im kulturellen Wandel des 12./13. Jahrhunderts, in: B. Schneidmüller, S. Weinfurter (Hrsg.), Ordnungskonfigurationen im hohen Mittelalter (= Vorträge und Forschungen Bd. 64), Ostfildern 2006, S. 257–278.
– Ottonische Herrschersiegel – Beobachtungen und Fragen zu Gestalt und Aussage und zur Funktion im historischen Kontext, in: H. John, K. Krimm (Hrsg.), Bild und Geschichte – Studien zur politischen Ikonographie. FS Hansmartin Schwarzmaier, Sigmaringen 1997, S. 3–51.

– Reichsorganisation, Herrschaftsformen und Gesellschaftsstrukturen im regnum Teutonicum, in: Il secolo di ferro – Mito e realtà del secolo X. (= Settimane di studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo Bd. 38), Spoleto 1991, S. 159–195.
– Ritual, Symbolik und Visualisierung in der Kultur des ottonischen Reiches, FMSt 35 (2001), S. 23–59.
– Schriftgebrauch und Symbolhandeln in der öffentlichen Kommunikation – Aspekte des gesellschaftlich-kulturellen Wandels vom 5. bis zum 13. Jahrhundert, FMSt 37 (2003), S. 1–24.
– Widukinds Bericht über die Aachener Wahl und Krönung Ottos I., FMSt 29 (1995), S. 390–453.
– Zu den Siegeln der Karolinger und der Ottonen – Urkunden als ›Hoheitszeichen‹ in der Kommunikation des Königs mit seinen Getreuen, FMSt 32 (1998), S. 400–441.
– Zum Charakter der ›Staatlichkeit‹ zwischen karolingischer Reichsreform und hochmittelalterlichem Herrschaftsausbau, FMSt 23 (1989), S. 248–264.
– Zwischen regionaler Begrenzung und universalem Horizont – Deutschland im Imperium der Salier und Staufer 1024 bis 1250, Frankfurt, Berlin 1990.

*Hagen Keller, Christoph Dartmann,* Inszenierungen von Ordnung und Konsens – Privileg und Statutenbuch in der symbolischen Kommunikation mittelalterlicher Rechtsgemeinschaften, in: G. Althoff (Hrsg.), Zeichen, Rituale, Werte – Internationales Kolloquium des Sonderforschungsbereichs 496 an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster (= Symbolische Kommunikation und gesellschaftliche Wertsysteme Bd. 3), Münster 2004, S. 201–223.

*Hagen Keller, Reinhold Schneider*, Rechtsgewohnheit, Satzungsrecht und Kodifikation in der Kommune Mailand vor der Errichtung der Signorie, in: J.W. Busch, H. Keller (Hrsg.), Statutencodices des 13. Jahrhunderts als Zeugen pragmatischer Schriftlichkeit – Die Handschriften von Como, Lodi, Novara, Pavia und Voghera (= Münstersche Mittelalter-Schriften Bd. 64), München 1991, S. 167–191.

*Hans Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (1925), Nachdruck, Wien 1993.
– Allgemeine Theorie der Normen, Wien 1979.
– Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts – Beitrag zu einer reinen Rechtslehre (2. Aufl. Tübingen 1928), Aalen 1981.
– Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts und des Rechtspositivismus, in: H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck (Hrsg.), Die Wiener Rechtshistorische Schule, Wien, Salzburg 1968, S. 281–350.
– General Theory of Law and State, Cambridge, Mass. 1946.
– Reine Rechtslehre, 2. Auflage, Nachdr. d. vollst. neu. bearb. u. erw. Ausg. 1960, Wien 1992.

*Fritz Kern*, Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im frühen Mittelalter – Zur Entwicklungsgeschichte der Monarchie, 7. Auflage unveränd. Nachdr. d. 2. Auflage 1954, hrsg. v. R. Buchner, Darmstadt 1980.
– Recht und Verfassung im Mittelalter (= Libelli Bd. 3), Darmstadt 1989.
– Über die mittelalterliche Anschauung vom Recht, in HZ 115 (1916), S. 496–515.

*Herbert Keuth*, Deontische Logik und Logik der Normen, in: H. Lenk (Hrsg.), Normenlogik – Grundprobleme der deontischen Logik (= UTB Bd. 414), Pullach bei München 1974, S. 64–88.

*Lorenz Kiefer*, Begründung, Dezision und Politische Theologie – Zu drei frühen Schriften von Carl Schmitt, ARSP 76 (1990), S. 479–499.

*Martin Kintzinger*, Ordnungskonfigurationen im hohen Mittelalter – Zusammenfassung, in: B. Schneidmüller, S. Weinfurter (Hrsg.), Ordnungskonfigurationen im hohen Mittelalter (= Vorträge und Forschungen Bd. 64), Ostfildern 2006, S. 413–432.

*Wolfgang Klein*, Gesprochene Sprache, geschriebene Sprache, Zeitschrift für Literaturwissenschaft und Linguistik 59 (1985), S. 9–35.

*Hans Martin Klinkenberg*, Die Theorie der Veränderbarkeit des Rechtes im frühen und hohen Mittelalter, in: P. Wilpert (Hrsg.), Lex et sacramentum im Mittelalter (= Miscellanea Medievalia Bd. 6), Berlin 1969, S. 157–188.

– Homo faber mentalis – Über den Zusammenhang von Technik, Kunst, Organisation und Wissenschaft (= Beihefte zum Archiv für Kulturphilosophie Bd. 37), Köln, Weimar, Wien 1995.

*Diethelm Klippel*, Die Philosophie der Gesetzgebung – Naturrecht und Rechtsphilosophie als Gesetzgebungswissenschaft im 18. und 19. Jahrhundert, in: B Dölemeyer, D. Klippel (Hrsg.), Gesetz und Gesetzgebung im Europa der frühen Neuzeit (= Zeitschrift für historische Forschung Beiheft Bd. 22), Berlin 1998, S. 225–247.

*Ulrich Klug*, Juristische Logik, 4. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1982.

*Geoffrey T. Kneebone*, Mathematical Logic and the Foundations of Mathematics – An Introductionary Survey, Nachdruck Mineola, New York 2001.

*Ronald Knox*, Finding the Law – Developments in Canon Law during the Gregorian Reform, Studi Gregoriani 9 (1972), S. 421–466.

*Theo Kobusch*, Die Entdeckung der Person – Metaphysik der Freiheit und modernes Menschenbild, 2. Auflage, Darmstadt 1997.

*Gottfried Koch*, Auf dem Wege zum Sacrum Imperium – Studien zur ideologischen Herrschaftsbegründung der deutschen Zentralgewalt im 11. und 12. Jahrhundert (= Forschungen zur mittelalterlichen Geschichte Bd. 20), Wien, Köln, Graz 1972.

*Hans-Joachim Koch*, Die Auslegungslehre der Reinen Rechtslehre im Lichte der jüngeren sprachanalytischen Forschung, Zeitschrift für Verwaltung 17 (1992), S. 1–8.

– Die juristische Methode im Staatsrecht – Über Grenzen von Verfassungs- und Gesetzesbindung (= stw Bd. 198), Frankfurt 1977.

*Gernot Kocher*, Abstraktion und Symbolik im Recht, in: G. Blaschitz, H. Hundsbichler, G. Jaritz, E. Vavra (Hrsg.), Symbole des Alltags – Alltag der Symbole. FS Harry Kühnel z. 65. Geb., Graz 1992, S. 191–207.

*Gerhard Köbler*, Das Recht im frühen Mittelalter – Untersuchungen zu Herkunft und Inhalt frühmittelalterlicher Rechtsbegriffe im deutschen Sprachgebiet (= Forschungen zur deutschen Rechtsgeschichte Bd. 7), Köln, Wien 1971.

– Klage, klagen, Kläger, ZRG GA 92 (1975), S. 1–20.

– Recht, Gesetz und Ordnung im Mittelalter, in: A. Cordes, K. Kroeschell (Hrsg.), Funktion und Form – Quellen- und Methodenprobleme der mittelalterlichen Rechtsgeschichte (= Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte Bd. 18), Berlin 1996, S. 93–116.

– Richter, richten, Gericht, ZRG GA 87 (1970), S. 57–113.

*Theo Kölzer*, Artikel ›Adventus regis‹, in: Lexikon des Mittelalters, Bd. I (1980), Sp. 170 f.

– Urkundenfälschung im Mittelalter, in: K. Corino (Hrsg.), Universalgeschichte des Fälschens, Frankfurt 1996, S. 15–26.

*Andreas Koenen*, Der Fall Carl Schmitt – Sein Aufstieg zum ›Kronjuristen des Dritten Reiches‹, Darmstadt 1995.

*Ludger Körntgen*, Bußbuch und Bußpraxis in der zweiten Hälfte des 9. Jahrhunderts, in: W. Hartmann (Hrsg.), Recht und Gericht in Kirche und Welt um 900 (= Schriften des Historischen Kollegs. Kolloquien Bd. 69), München 2007, S. 197–215.

– Fortschreibung frühmittelalterlicher Bußpraxis – Burchards ›Liber corrector‹ und seine Quellen, in: W. Hartmann (Hrsg.), Bischof Burchard von Worms 1000–1025 (= Quellen und Abhandlungen zur mittelrheinischen Kirchengeschichte Bd. 100), Mainz 2000, S. 199–226.

– König und Priester – Das sakrale Königtum der Ottonen zwischen Herrschaftstheologie, Herrschaftspraxis und Heilssorge, in: K.G. Beuckers, J. Cramer, M. Imhof (Hrsg.), Die Ottonen – Kunst, Architektur, GeschichteLizenzausgabe, Darmstadt 2002, S. 51–61.
– Königsherrschaft und Gottes Gnade – Zu Kontext und Funktion sakraler Vorstellungen in Historiographie und Bildzeugnissen der ottonisch-frühsalischen Zeit (= Orbis medievalis. Vorstellungswelten des Mittelalters Bd. 2), Berlin 2001.

*Peter Koller*, Meilensteine des Rechtspositivismus im 20. Jahrhundert – Hans Kelsens Reine Rechtslehre und H.L.A. Harts ›Concept of Law‹ in: O. Weinberger, W. Krawietz (Hrsg.), Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker (= Forschungen aus Staat und Recht Bd. 81), Wien, New York 1988, S. 129–178.
– Theorie des Rechts – Eine Einführung (= Böhlau Studienbücher), 2. Auflage, Wien, Köln, Weimar 1997.
– Zur ethischen Begründung von Recht und Staat – Otfried Höffes ›Politische Gerechtigkeit‹ und Franz Bydlinskis ›Fundamentale Rechtsgrundsätze‹, Juristische Blätter 111 (1989), S. 477–487 u. S. 563–574.

*Lothar Kolmer*, Christus als beleidigte Majestät – Von der ›Lex Quisquis‹ (397) bis zur ›Dekretale Vergentis‹ (1199), in: H. Mordek (Hrsg.), Papsttum, Kirche und Recht im Mittelalter – FS Horst Fuhrmann z. 65. Geb., Tübingen 1991, S. 1–13.

*Hans Henning Kortüm*, Necessitas temporis – Zur historischen Bedingtheit des Rechtes im frühen Mittelalter, ZRG KA 79 (1993), S. 34–55.

*Paul Koschaker*, Europa und das Römische Recht, 4. Auflage, München, Berlin 1966.

*Reinhart Koselleck*, Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung, in: H. Quaritsch (Red.), Gegenstand und Begriffe der Verfassungsgeschichtsschreibung (= Beihefte zu ›Der Staat‹ Bd. 6), Berlin 1983, S. 7–21.
– Kritik und Krise (= stw Bd. 36), Frankfurt 1973.
– Zur historisch-politischen Semantik asymmetrischer Gegenbegriffe, in: R. Koselleck (Hrsg.), Vergangene Zukunft – Zur Semantik geschichtlicher Zeiten, 3. Auflage, Frankfurt 1984, S. 211–259.

*Otto-Hubert Kost*, Das östliche Niedersachsen im Investiturstreit – Studien zu Brunos Buch vom Sachsenkrieg (= Studien zur Kirchengeschichte Niedersachsens Bd. 13), Göttingen 1962.

*Raymund Kottje*, ›Buße oder Strafe‹ – Zur ›Iustitia‹ in den ›Libri paenitentiales‹, in: La giustizia nell'alto medioevo (secoli V–VIII) (= Settimane di studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo Bd. 42), Spoleto 1995, S. 443–468.
– Die Lex Baiuvariorum – Das Recht der Baiern, in: H. Mordek (Hrsg.), Überlieferung und Geltung normativer Texte des frühen und hohen Mittelalters (= Quellen und Forschungen zum Recht im Mittelalter Bd. 4), Sigmaringen 1986, S. 9–23.

*Sybille Krämer*, Sprache, Sprechakt, Kommunikation – Sprechakttheoretische Positionen des 20. Jahrhunderts (= stw Bd. 1521), Frankfurt 2001.

*Hermann Krause*, Dauer und Vergänglichkeit im mittelalterlichen Recht, ZRG GA 75 (1958), S. 206–251.
– Königtum und Rechtsordnung in der Zeit der sächsischen und salischen Herrscher, ZRG GA 82 (1965), S. 1–98.

*Werner Krawietz*, Recht als Regelsystem, Wiesbaden 1984.

*Martin Kriele*, Einführung in die Staatslehre, 2. Auflage, Opladen 1981.
– Recht und praktische Vernunft (= Kleine Vandenhoeck-Reihe Bd. 1453), Göttingen 1979.
– Rechtspflicht und die Trennung von Recht und Moral, in: ders. Recht, Vernunft, Wirklichkeit, Berlin 1990, S. 453–470.

– Theorie der Rechtsgewinnung – entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation (= Schriften zum öffentlichen Recht Bd. 41), 2. Auflage, Berlin 1976.
*Karl Kroeschell*, Der Rechtsbegriff der Rechtsgeschichte – Das Beispiel des Mittelalters, ZRG GA 111, S. 310–329.
– Deutsche Rechtsgeschichte I (bis 1250), 10. Auflage, Opladen 1992.
– Deutsche Rechtsgeschichte II (1250 bis 1650), 3. Auflage, Opladen 1978.
– Die Sippe im germanischen Recht, in: K. Kroeschell (Hrsg.), Studien zum frühen und mittelalterlichen Recht (= Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen. Neue Folge Bd. 20), Berlin 1995, S. 13–34.
– Die Treue in der deutschen Rechtsgeschichte, in: K. Kroeschell (Hrsg.), Studien zum frühen und mittelalterlichen Recht (= Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen. Neue Folge Bd. 20), Berlin 1995, S. 157–181.
– Germanisches Recht als Forschungsproblem, in: K. Kroeschell (Hrsg.), Studien zum frühen und mittelalterlichen Recht (= Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen. Neue Folge Bd. 20), Berlin 1995, S. 65–88.
– Haus und Herrschaft im frühen deutschen Recht (= Göttinger rechtswissenschaftliche Studien Bd. 70), Göttingen 1968.
– Recht und Gericht in den merowingischen ›Kapitularien‹, in: La giustizia nell'alto medioevo (secoli V–VIII) (= Settimane di studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo Bd. 42), Spoleto 1995, S. 737–769.
– Recht und Rechtsbegriff im 12. Jahrhundert, in: Probleme des 12. Jahrhunderts (= Vorträge und Forschungen Bd. 12), Sigmaringen 1968, S. 309–335.
– ›Rechtsfindung‹ – Die mittelalterlichen Grundlagen einer modernen Vorstellung, in: FS H. Heimpel Bd. 3 (= Veröff. d. Max-Planck-Inst. f. Gesch. 36/III), Göttingen 1971, S. 498–517.
– Rezension zu ›G. Dilcher, H. Lück, R. Schulze, E. Wadle, J. Weitzel, U. Wolter (Hrsg.), Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter‹, Quaderni fiorentini 23 (1994), S. 428–434.
– Rezension zu ›H. Mordek (Hrsg.), Überlieferung und Geltung normativer Texte des frühen und hohen Mittelalters‹, ZRG KA 76 (1990), S. 335–342.
– Verfassungsgeschichte und Rechtsgeschichte des Mittelalters, in: H. Quaritsch (Red.), Gegenstand und Begriffe der Verfassungsgeschichtsschreibung (= Beihefte zu ›Der Staat‹ Bd. 6), Berlin 1983, S. 47–77.
– Zur Lehre vom ›germanischen‹ Eigentumsbegriff, in: K. Kroeschell (Hrsg.), Studien zum frühen und mittelalterlichen Recht (= Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen. Neue Folge Bd. 20), Berlin 1995, S. 211–250.
*Sabine Krüger*, Character militaris und charakter indelebilis – Ein Beitrag zum Verhältnis von miles und clericus im Mittelalter, in: L. Fenske, W. Rösener, Th. Zotz (Hrsg.), Institutionen, Kultur und Gesellschaft im Mittelalter – FS Josef Fleckenstein zum 65. Geburtstag, Sigmaringen 1984, S. 567–580.
*Ulrich Kuder*, Die Ottonen in der ottonischen Buchmalerei – Identifikation und Ikonographie, in: G. Althoff, E. Schubert (Hrsg.), Herrschaftsrepräsentation im ottonischen Sachsen (= Vorträge und Forschungen Bd. 46), Sigmaringen 1998, S. 137–234.
*Peter Kurmann*, Die gotische Kathedrale – Ordnungskonfiguration par excellence?, in: B. Schneidmüller, S. Weinfurter (Hrsg.), Ordnungskonfigurationen im hohen Mittelalter (= Vorträge und Forschungen Bd. 64), Ostfildern 2006, S. 279–302.
*Franz v. Kutschera*, Einführung in die Logik der Normen, Werte und Entscheidungen, Freiburg, München 1973.

*Stephan Kuttner*, Harmony from Dissonance – An Interpretation of Medieval Canon Law, in: ders., The History of Ideas and Doctrines of Canon Law in the Middle Ages, London 1980, S. 1–16.

– Repertorium der Kanonistik (= Studi e Testi Bd. 71), Città del Vaticano 1937.

*Gerhart B. Ladner*, Theologie und Politik vor dem Investiturstreit – Abendmahlstreit, Kirchenreform, Cluni und Heinrich III. (= Veröffentlichungen des österr. Inst. f. Geschichtsforschung Bd. 2), Baden bei Wien 1936.

– Two Gregorian Letters – On the Sources and Nature of Gregory VII' Reform Ideology, Studi Gregoriani 5 (1956), S. 221–242.

*Peter Landau*, Der biblische Sündenfall und die Legitimität des Rechts, in: D. Willoweit (Hrsg.), Die Begründung des Rechts als historisches Problem (= Schriften des Historischen Kollegs; Kolloquien Bd. 45), München 2000, S. 203–214.

– Die ›Duae leges‹ im kanonischen Recht des 12. Jahrhunderts, in: P. Landau (Hrsg.), Officium und Libertas christiana (= Bay. Akad. d. Wiss. phil.-hist. Kl. Sitzungsberichte Jg. 1991 Heft 3), München 1991, S. 55–96.

– Die kirchliche Justizgewährung im Zeitalter der Reform in den Rechtssammlungen, in: La giustizia nell'alto medioevo (secoli IX–XI) (= Settimane di studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo Bd. 44), Spoleto 1997, S. 427–450.

– Die Lex Baiuvariorum – Entstehungszeit, Entstehungsort und Charakter von Bayerns ältester Rechts- und Geschichtsquelle (= Bay. Akad. d. Wiss. phil.-hist. Kl. Sitzungsberichte Jg. 2004 Heft 3), München 2004.

– Hegels Begründung des Vertragsrechts, in: M. Riedel (Hrsg.), Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie Bd. 2 (= stw Bd. 89), S. 176–197.

– Rezension zu ›H.J. Berman, Law and Revolution‹, The University of Chicago Law Review 51 (1984), S. 937–943.

– Wandel und Kontinuität im kanonischen Recht bei Gratian, in: J. Miethke, K. Schreiner (Hrsg.), Sozialer Wandel im Mittelalter – Wahrnehmungen, Erklärungsmuster, Regelmechanismen, Sigmaringen 1994, S. 215–233.

*Karl Larenz*, Hegels Dialektik des Willens und das Problem der juristischen Persönlichkeit, Logos 20 (1931) S. 196–242.

– Methodenlehre der Rechtswissenschaft (= Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Abteilung Rechtswissenschaft), 6. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1991.

*Johannes Laudage*, Otto der Große (912–973) – Eine Biographie, Regensburg 2001.

– Gregorianische Reform und Investiturstreit (= Erträge der Forschung Bd. 282), Darmstadt 1993.

*F. William Lawvere, Stephen H. Schanuel*, Conceptual Mathematics – A First Introduction to Categories, 4. korr. Auflage, Cambridge 2000.

*Jacques Le Goff*, Bemerkungen zur dreigeteilten Gesellschaft, monarchischen Ideologie und wirtschaftlichen Erneuerung in der Christenheit vom 9. bis 12. Jahrhundert, in: M. Kerner (Hrsg.), Ideologie und Herrschaft im Mittelalter (= Wege der Forschung Bd. 530), Darmstadt 1982, S. 408–420.

*Hans Lenk*, Zur logischen Symbolisierung bedingter Normsätze, in: ders. (Hrsg.), Normenlogik – Grundprobleme der deontischen Logik (= UTB Bd. 414), Pullach bei München 1974, S. 112–136.

*Karl Leyser*, Am Vorabend der ersten europäischen Revolution – Das 11. Jahrhundert als Umbruchszeit, HZ 257 (1993) S. 1–28.

– Ritual, Zeremonie und Gestik – das ottonische Reich, FMSt 27 (1993), S. 1–26.

– Von sächsischen Freiheiten zur Freiheit Sachsens – Die Krise des 11. Jahrhunderts, in: J. Fried

(Hrsg.), Die abendländische Freiheit vom 10. zum 14. Jahrhundert – Der Wirkungszusammenhang von Idee und Wirklichkeit im europäischen Vergleich, Sigmaringen 1991, S. 67–83.

*Johannes Liebrecht*, Das ›gute alte Recht‹ in der rechtshistorischen Kritik, in: A. Cordes, K. Kroeschell (Hrsg.), Funktion und Form – Quellen- und Methodenprobleme der mittelalterlichen Rechtsgeschichte (= Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte Bd. 18), Berlin 1996, S. 185–204.

*Bruno Liebrucks*, Recht, Moralität und Sittlichkeit bei Hegel (Einleitung), in: M. Riedel (Hrsg.), Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie Bd. 2 (= stw Bd. 89), S. 13–51, ursprünglich in: ders., Sprache und Bewußtsein Bd. 3, Frankfurt 1966, S. 487–515.

*Rainer Lippold*, Geltung, Wirksamkeit und Verbindlichkeit von Rechtsnormen, Rechtstheorie 19 (1988), S. 463–489.

*Karl Löwith*, Weltgeschichte und Heilsgeschehen – Die theologischen Voraussetzungen der Geschichtsphilosophie, engl. Originaltitel: Meaning in History (1947), 8. Auflage (= Urban Taschenbücher Bd. 2), Stuttgart, Berlin, Köln 1990.

*Klaus Lüderssen*, Dialektik, Topik und ›konkretes Ordnungsdenken‹ in der Jurisprudenz, in: R. Lange, G. Warda (Hrsg.), FS Richard Lange zum 70. Geb., Berlin, New York 1976, S. 1019–1042.

*Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft (= stw Bd. 1183), Frankfurt 1995.

– Die Codierung des Rechtssystems, Rechtstheorie 17 (1986), S. 171–203.

– Die Einheit des Rechtssystems, Rechtstheorie 14 (1983), S. 129–154.

– Die Funktion des Rechts – Erwartungssicherung oder Verhaltensteuerung?, in: N. Luhmann (Hrsg.), Ausdifferenzierung des Rechts – Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie (= stw Bd. 1418), Frankfurt 1999, S. 73–91.

– Evolution des Rechts, Rechtstheorie 1 (1970), S. 3–22.

– Funktionale Methode und juristische Entscheidung, in: N. Luhmann (Hrsg.), Ausdifferenzierung des Rechts – Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie (= stw Bd. 1418), Frankfurt 1999, S. 273–307.

– Funktionale Methode und Systemtheorie, in: N. Luhmann (Hrsg.), Soziologische Aufklärung 1, 7. Auflage, Wiesbaden 2005.

– Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft, in: N. Luhmann (Hrsg.), Ausdifferenzierung des Rechts – Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie (= stw Bd. 1418), Frankfurt 1999, S. 113–153.

– Rechtssoziologie, 3. Auflage, Opladen 1987.

– Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang, in: N. Luhmann (Hrsg.), Ausdifferenzierung des Rechts – Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie (= stw Bd. 1418), Frankfurt 1999, S. 191–240.

– Rechtszwang und politische Gewalt, in: N. Luhmann (Hrsg.), Ausdifferenzierung des Rechts – Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie (= stw Bd. 1418), Frankfurt 1999, S. 154–172.

– Soziale Systeme (= stw 666), Frankfurt 1986.

– Subjektive Rechte – Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft, in: ders., Gesellschaftsstruktur und Semantik Bd. 2 (= stw Bd. 1092), Frankfurt 1992, S. 45–104.

– Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie, in: N. Luhmann (Hrsg.), Ausdifferenzierung des Rechts – Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie (= stw Bd. 1418), Frankfurt 1999, S. 241–272.

*Holger Lyre*, Informationstheorie – Eine philosophisch-naturwissenschaftliche Einführung (= UTB Bd. 2289), München 2002.

– Lokale Symmetrien und Wirklichkeit, Paderborn 2004

*Hans Maier*, Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre (= dtv Wissenschaft Bd. 4444), München 1986.

*Ernst Mally*, Grundgesetze des Sollens – Elemente der Logik des Willens, Graz 1926.

*Wolfgang Mantl*, Hans Kelsen und Carl Schmitt, in: W. Krawietz, E. Topitsch, P. Koller (Hrsg.), Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, Berlin 1992, S. 185–199.

*Luise Manz*, Der Ordo-Gedanke – Ein Beitrag zur Frage des mittelalterlichen Ständegedankens (= Vierteljahrsschrift für Sozial- und Wirtschaftsgesch. Beihefte Bd. 33), Stuttgart, Berlin 1937.

*Jane Martindale*, Peace and War in Early Eleventh-Century Aquitaine, in: J. Martindale (Hrsg.), Status, Authority and Regional Power – Aquitaine and France 9th to 12th Centuries, Aldershot 1997, S. 147–176.

*Ingeborg Maus*, Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus – Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts, 2. erw. Auflage, München 1980.

– Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts, Rechtstheorie 20 (1989), S. 191–210.

– Zur Aufklärung der Demokratietheorie – Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluß an Kant (= stw Bd. 1153), Frankfurt 1994.

*Theodor Mayer*, Die Ausbildung der Grundlagen des modernen deutschen Staates, HZ 159 (1939), S. 457–487.

– Staatsauffassung in der Karolingerzeit, in: Th. Mayer (Hrsg.), Das Königtum – Seine geistigen und rechtlichen Grundlagen, 4. Nachdruck der 1. Auflage 1956, Sigmaringen 1973, S. 169–183.

*Theodor Mayer-Maly*, Isidor, Gratian, Thomas – Stationen einer allgemeinen Rechtslehre, ZRG KA 80 (1994), S. 490–500.

*Henry Mayr-Harting*, Ottonische Buchmalerei – Liturgische Kunst in Reich der Kaiser, Bischöfe und Äbte (= Belser Stilgeschichte und Ikonographie), engl. Originaltitel: Ottonian Book Illumination – An Historical Study, Stuttgart, Zürich 1991.

*Rosamond McKitterick*, The Carolingians and the Written Word, 3. Auflage, Cambridge 1995.

*Rob Meens*, Die Bußbücher und das Recht im 9. und 10. Jahrhundert – Kontinuität und Wandel, in: W. Hartmann (Hrsg.), Recht und Gericht in Kirche und Welt um 900 (= Schriften des Historischen Kollegs. Kolloquien Bd. 69), München 2007, S. 217–233.

*Helmut Meinhardt*, Die Philosophie des Peter Abaelard, in: P. Weimar (Hrsg.), Die Renaissance der Wissenschaft im 12. Jahrhundert, Zürich 1981, S. 107–121.

*Adolf Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff – Eine rechtstheoretische Untersuchung (= Wiener Staatswissenschaftliche Studien Bd. 15 Heft 2), Leipzig, Wien 1923.

– Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck (Hrsg.), Die Wiener Rechtshistorische Schule, Wien, Salzburg 1968, S. 1311–1361.

*Günter Meuter*, Carl Schmitts ›nomos basileus‹ oder: Der Wille des Führers ist Gesetz – Über den Versuch, die konkrete Ordnung als Erlösung vom Übel des Positivismus zu denken (= IfS-Werkstatt Nr. 5), München 2000.

*Christoph H.F. Meyer*, Freunde, Feinde, Fehde – Funktion kollektiver Gewalt im Frühmittelalter, in: J. Weitzel (Hrsg.), Hoheitliches Strafen in der Spätantike und im frühen Mittelalter (= Konflikt, Verbrechen und Sanktion in der Gesellschaft Alteuropas. Symposien und Synthesen Bd. 7), Köln, Weimar, Wien 2002, S. 211–266.

– Ordnung durch Ordnen – Die Erfassung und Gestaltung des hochmittelalterlichen Kirchenrechts im Spiegel von Texten, Begriffen und Institutionen, in: B. Schneidmüller, S. Weinfurter (Hrsg.),

Ordnungskonfigurationen im hohen Mittelalter (= Vorträge und Forschungen Bd. 64), Ostfildern 2006, S. 303–411.

*Jürgen Miethke*, Kirchenstruktur und Staatstheorien im Zeitalter der Scholastik, in: B. Schneidmüller, S. Weinfurter (Hrsg.), Ordnungskonfigurationen im hohen Mittelalter (= Vorträge und Forschungen Bd. 64), Ostfildern 2006, S. 127–151.

*Hans Leo Mikoletzki*, Kaiser Heinrich II. und die Kirche (= Veröffentlichungen des Instituts für Österreichische Geschichtsforschung Bd. 8), Wien 1946.

*José María Mínguez*, Justicia y poder en el marco de la feudelización de la sociedad leonesa, in: La giustizia nell'alto medioevo (secoli IX–XI) (= Settimane di studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo Bd. 44), Spoleto 1997, S. 491–546.

– Las sociedades feudales – Antecedentes, formación y expansión (siglos VI al XIII) (= Historia de España 2), Madrid 1994.

*Heinrich Mitteis*, Der Staat des hohen Mittelalters – Grundlinien einer vergleichenden Verfassungsgeschichte des Lehnszeitalters (1940), 11. Auflage, Darmstadt 1986.

*Heinz Mohnhaupt*, Gesetzgebung des Reiches und Recht im Reich vom 16. bis 18. Jahrhundert, in: B Dölemeyer, D. Klippel (Hrsg.), Gesetz und Gesetzgebung im Europa der frühen Neuzeit (= Zeitschrift für historische Forschung Beiheft Bd. 22), Berlin 1998, S. 83–108.

*Hubert Mordek*, Kanonistik und gregorianische Reform – Marginalien zu einem nichtmarginalen Thema, in: K. Schmid (Hrsg.), Reich und Kirche vor dem Investiturstreit, Sigmaringen 1985, S. 65–82.

– Karolingische Kapitularien, in: H. Mordek (Hrsg.), Überlieferung und Geltung normativer Texte des frühen und hohen Mittelalters (= Quellen und Forschungen zum Recht im Mittelalter Bd. 4), Sigmaringen 1986, S. 25–50.

*Charles W. Morris*, Grundlagen der Zeichentheorie – Ästhetik der Zeichentheorie, engl. Originaltitel: Foundations of the Theory of Signs (1938), Frankfurt 1988.

*Marco Mostert*, The Political Theology of Abbo of Fleury – A study of the ideas about society and law of the tenth-century monastic reform movement (= Middeleeuwse Studies en Bronnen Bd. 2), Hilversum 1987.

*Hans Nawiaski*, Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Auflage, Einsiedeln, Zürich, Köln 1948.

*Hermann Nehlsen*, Alarich II. als Gesetzgeber – Zur Geschichte der Lex Romana Visigothorum, in: G. Landwehr (Hrsg.), Studien zu den germanischen Volksrechten – Gedächtnisschrift f. Wilhelm Ebel (= Rechtshistorische Reihe Bd. 1), Frankfurt 1982, S. 143–203.

– Der Grabfrevel in den germanischen Rechtsaufzeichnungen – Zugleich ein Beitrag zur Diskussion um Todesstrafe und Friedlosigkeit bei den Germanen, in: H. Jankuhn, H. Nehlsen, H. Roth (Hrsg.), Zum Grabfrevel in vor- und frühgeschichtlicher Zeit – Untersuchungen zu Grabraub und ›haugbrot‹ in Mittel- und Nordeuropa (= Abhandlungen der Akad. d. Wiss. in Göttingen, Phil.-Hist. Kl. 3, 113), Göttingen 1978, S. 107–168.

– Entstehung des öffentlichen Strafrechts bei den germanischen Stämmen, in: K. Kroeschell (Hrsg.), Gerichtslauben-Vorträge – FS Hans Thieme, Sigmaringen 1983, S. 3–16.

– Sklavenrecht zwischen Antike und Mittelalter – Germanisches und römisches Recht in den germanischen Rechtsaufzeichnungen, Göttingen 1972.

– Zur Aktualität und Effektivität germanischer Rechtsaufzeichnungen, in: P. Classen (Hrsg.), Recht und Schrift im Mittelalter (= Vorträge und Forschungen Bd. 23), Sigmaringen 1977, S. 449–502.

*Karin Nehlsen-von Stryk*, Zum ›Justizbegriff‹ der rechtshistorischen Germanistik, Ius Commune 17 (1990), S. 189–222.

*Volker Neumann*, Vom Entscheidungs- zum Ordnungsdenken – Carl Schmitts Rechts- und Staatstheorie in der nationalsozialistischen Herausforderung, in: H. Rottleuthner (Hrsg.), Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, Wiesbaden 1983, S. 152–162.

*August Nitschke*, Die Wirksamkeit Gottes in der Welt Gregors VII. – Eine Untersuchung über die religiösen Äußerungen und politischen Handlungen des Papstes, Studi Gregoriani 5, S. 115–219.

– Karolinger und Ottonen – Von der ›karolingischen Staatlichkeit‹ zur ›Königsherrschaft ohne Staat‹?, HZ 273 (2001), S. 1–29.

– Naturerkenntnis und politisches Handeln im Mittelalter – Körper, Bewegung, Raum (= Stuttgarter Beiträge zur Geschichte und Politik Bd. 2), Stuttgart 1967.

*Dieter Nörr*, Savignys philosophische Lehrjahre – Ein Versuch (= Ius Commune Sonderhefte Bd. 66), Frankfurt 1994.

– Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie, in: M. Kaser (Hrsg.), FS Wilhelm Felgenträger zum 70. Geb., Göttingen 1969, S. 353–366.

*Knut Wolfgang Nörr*, Ordo iudiciorum und ordo iudiciarius, Studia Gratiana 11 (1967), S. 327–343.

– Zur Frage der subjektiven Rechte in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft, in: D. Medicus et. al. (Hrsg.), FS Hermann Lange, Stuttgart 1992, S. 193–204.

*Peter Oestmann*, Blutrache und Fehde in isländischen Quellen, in: G. Dilcher, E.-M. Distler (Hrsg.), Leges, Gentes, Regna – Zur Rolle normativer Traditionen germanischer Völkerschaften bei der Ausbildung der mittelalterlichen Rechtskultur, Berlin 2006, S. 391–413.

*Otto Gerhard Oexle*, Coniuratio und Gilde im frühen Mittelalter – Ein Beitrag zum Problem der sozialgeschichtlichen Kontinuität zwischen Antike und Mittelalter, in: B. Schwineköper (Hrsg.), Gilden und Zünfte – Kaufmännische und gewerbliche Genossenschaften im frühen und hohen Mittelalter, Sigmaringen 1985, S. 151–213.

– Deutungsschemata der sozialen Wirklichkeit im frühen und hohen Mittelalter – Ein Beitrag zur Geschichte des Wissens, in: F. Graus (Hrsg.), Mentalitäten im Mittelalter – Methodische und inhaltliche Probleme (= Vorträge und Forschungen Bd. 35), Sigmaringen 1987, S. 65–117.

– Die funktionale Dreiteilung als Deutungsschema der sozialen Wirklichkeit in der ständischen Gesellschaft des Mittelalters, in: W. Schulze (Hrsg.), Ständische Gesellschaft und soziale Mobilität (= Schriften des historischen Kollegs, Kolloquien Bd. 12), München 1988, S. 19–51.

– Die funktionale Dreiteilung der ›Gesellschaft‹ bei Adalbero von Laon – Deutungsschemata der sozialen Wirklichkeit im frühen Mittelalter, FMSt 12 (1978), S. 1–54.

– Die Kultur der Rebellion – Schwureinigung und Verschwörung im früh- und hochmittelalterlichen Okzident, in: M.T. Fögen (Hrsg.), Ordnung und Aufruhr im Mittelalter, Frankfurt 1995, S. 119–137.

– Die ›Wirklichkeit‹ und das ›Wissen‹ – Ein Blick auf das sozialgeschichtliche Œuvre von Georges Duby, HZ 232 (1981), S. 61–91.

– Friede durch Verschwörung, in: J. Fried (Hrsg.), Träger und Instrumentarien des Friedens im hohen und späten Mittelalter, Sigmaringen 1996, S. 115–150.

– Gilde und Kommune – Über die Entstehung von ›Einung‹ und ›Gemeinde‹ als Grundformen des Zusammenlebens in Europa, in: P. Blickle (Hrsg.), Theorien kommunaler Ordnung in Europa, München 1996, S. 75–97.

– Konflikt und Konsens – Über gemeinschaftsrelevantes Handeln in der vormodernen Gesellschaft, in: H. Bluhm, H. Münkler (Hrsg.), Gemeinwohl und Gemeinsinn – Historische Semantiken politischer Leitbegriffe (= Forschungsberichte der interdisziplinären Arbeitsgruppe ›Gemeinwohl und Gemeinsinn‹ Bd. 1), Berlin 2001, S. 65–83.

– Artikel ›Ordo (Ordines)‹, in: Lexikon des Mittelalters, Bd. VI (1993), Sp. 1436–1437.

– Tria genera hominum – Zur Geschichte eines Deutungsschemas der sozialen Wirklichkeit in Antike und Mittelalter, in: L. Fenske, W. Rösener, Th. Zotz (Hrsg.), Institutionen, Kultur und Gesellschaft im Mittelalter – FS Josef Fleckenstein zum 65. Geburtstag, Sigmaringen 1984, S. 483–500.

*Anthony I. Ogus*, Law and Spontaneous Order – Hayek's Contribution to Legal Theory, Journal of Law and Society 16 (1989) S. 393–409.

*Friedrich Ohly*, Typologie als Denkform der Geschichtsbetrachtung, in: V. Bohn (Hrsg.), Typologie – Internationale Beiträge zur Poetik (= edition suhrkamp Bd. 1551), Frankfurt 1988, S. 22–63.

– Vom geistigen Sinn des Wortes im Mittelalter (1958), in: ders. – Schriften zur mittelalterlichen Bedeutungsforschung, Darmstadt 1977, S. 1–31.

*Walter Jackson Ong*, Orality and Literacy – The Technologizing of the Word (1982), London 2002.

*Kazimierz Opałek*, Der Dualismus der Auffassung der Norm in der Rechtswissenschaft – Der Versuch einer Überwindung, Rechtstheorie 20 (1989), S. 433–447.

– Theorie der Direktiven und der Normen (= Forschungen aus Staat und Recht Bd. 70), Wien New York 1986.

*Walter Ott*, Der Rechtspositivismus – Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus (= Erfahrung und Denken Bd. 45), 2. Auflage überarbeitet und erweitert, Berlin 1992.

– Zur Kritik Ronald Dworkins am Rechtspositivismus, in: W. Krawietz, J. Wróblewski (Hrsg.), Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts – FS K. Opałek z. 75. Geb., Berlin 1993, S. 307–314.

*Gerhard Otte*, Asymmetrie zwischen Sein und Sollen – Bemerkungen zur Begründung der deontischen Logik, in: U. Klug, Th. Ramm, F. Rittner (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht – Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig, Berlin, Heidelberg, New York 1978, S. 162–172.

– Dialektik und Jurisprudenz – Untersuchungen zur Methode der Glossatoren (= Ius Commune Sonderheft 1), Frankfurt 1971.

– Die Anwendung von Rechtsnormen mit und ohne Spielraum, in: B. Schilcher, P. Koller, B.-Ch. Funk (Hrsg.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts (= Juristische Schriftenreihe Bd. 125), Wien 2000, S. 143–152.

– Kritik des juristischen Geltungsbegriffs, in: A. Buschmann (Hrsg.), FS Rudof Gmür z. 70. Geb., Bielefeld 1983, S. 359–368.

– Logische Einteilungstechniken bei den Glossatoren des römischen Rechts, in: J. Fried (Hrsg.), Dialektik und Rhetorik im frühen und hohen Mittelalter – Rezeption, Überlieferung und gesellschaftliche Wirkung antiker Gelehrsamkeit vornehmlich im 9. und 12. Jahrhundert (= Schriften des Historischen Kollegs, Kolloquien Bd. 27), München 1997, S. 157–169.

– Zum Problem der Rechtsgeltung in der juristischen Logik, Rechtstheorie Beiheft 1 (1979), S. 253–264.

*Bernhard Pabst*, Atomtheorien des lateinischen Mittelalters, Darmstadt 1994.

*Lutz Ernst von Padberg*, Die Christianisierung Europas im Mittelalter, Stuttgart 1998.

*Ernesto Pastor Díaz de Garayo*, Castilla en el tránsito de la antigüedad al feudalismo – Poblamiento, poder pol¡tico y estructura social del Arlanza al Duero (siglos VII–XI) (= Estudios de Historia), Valladolid 1996.

*Alexander Patschovsky*, Fehde im Recht – Eine Problemskizze, in: C. Roll (Hrsg.), Recht und Reich im Zeitalter der Reformation – FS Horst Rabe, Frankfurt 1996, S. 145–178.

*Stanley L. Paulson*, Läßt sich die reine Rechtslehre transzendental begründen?, Rechtstheorie 21 (1990), S. 155–179.

*Michael Pawlik*, Die Lehre von der Grundnorm als eine Theorie der Beobachtung zweiter Ordnung, Rechtstheorie 25 (1994), S. 451–471.

– Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts – Ein kritischer Vergleich (= Schriften zur Rechtstheorie Bd. 154), Berlin 1993.
– Ronald Dworkin und der Rechtsbegriff, Rechtstheorie 23 (1992), S. 289–310.
*Volker Peckhaus*, Oskar Beckers Stellung in der Geschichte der Modallogik, in: A. Gethmann-Siefert, J. Mittelstraß (Hrsg.), Die Philosophie und die Wissenschaften – Zum Werk Oskar Beckers (= Neuzeit & Gegenwart. Philosophie in Wissenschaft und Gesellschaft), München 2002, S. 161–184.
*Karl Pellens*, Das Kirchendenken des Normannischen Anonymus (= Veröffentlichungen des Instituts für europäische Geschichte Mainz Bd. 69), Wiesbaden 1973.
*Kenneth Pennington*, The History of Rights in Western Thought, Emory Law Journal 47 (1998), S. 237–252.
*Dietmar v.d. Pfordten,* Sein, Werten, Sollen, ARSP 79 (1993), S. 48–69.
*Johannes W. Pichler,* Necessitas – Ein Element des mittelalterlichen und neuzeitlichen Rechts dargestellt am Beispiel österreichischer Rechtsquellen (= Schriften zur Rechtsgeschichte Bd. 27), Berlin 1983.
*Martin Pilch*, System des transcendentalen Etatismus – Staat und Verfassung bei Carl Schmitt, Wien, Leipzig 1994.
*Hans Planitz, Karl August Eckhart*, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Auflage, Graz, Köln 1961.
*Willibald M. Plöchl*, Geschichte des Kirchenrechts Bd. II – Das Kirchenrecht der abendländischen Christenheit 1055–1517, 2. Auflage, Wien, München 1962.
*Ute Poerschke*, Funktion als Gestaltungsbegriff – Eine Untersuchung des Funktionsbegriffs in architektur-theoretischen Kontexten, Dissertation, Wuppertal-Elberfeld 2005.
*Michael D. Potter,* Mengentheorie, Heidelberg, Berlin, Oxford 1994.
– Reason's Nearest Kin – Philosophies of Arithmetic from Kant to Carnap, Oxford, New York 2000.
– Set Teory and its Philosophy, Oxford, New York 2004.
*Manfred Prisching*, Hans Kelsen und Carl Schmitt – Zur Konfrontation zweier staatstheoretischer Modelle, in: W. Krawietz, O. Weinberger (Hrsg.), Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker, Wien, New York 1988, S. 77–116.
– Soziologie – Themen, Theorien, Perspektiven (= Böhlau Studienbücher Soziologie), 3. Auflage, Wien, Köln, Weimar 1995.
*Paolo Prodi,* Das Sakrament der Herrschaft – Der politische Eid in der Verfassungsgeschichte des Okzidents (= Schriften des Italienisch-Deutschen Historischen Instituts in Trient Bd. 11), ital. Originaltitel: Il sacramento del potere (1992), Berlin 1997.
– Eine Geschichte der Gerechtigkeit – Vom Recht Gottes zum modernen Rechtsstaat, ital. Originaltitel: Una storia della giustizia (2000), München 2003.
*Helmut Quaritsch,* Souveränität – Entstehung und Entwicklung des Begriffs in Frankreich und Deutschland vom 13. Jh. bis 1806, Berlin 1986.
– Staat und Souveränität, Bd. 1 – Die Grundlagen, Frankfurt 1970.
*Gustav Radbruch,* Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: ders., Rechtsphilosophie, 3. Auflage, Studienausgabe hrsg. v. R. Dreier u. S.L. Paulson, Heidelberg 1999, S. 211–219.
– Rechtsphilosophie, 3. Auflage, Studienausgabe hrsg. v. R. Dreier u. S.L. Paulson, Heidelberg 1999.
*Charles M. Radding*, The Origins of Medieval Jurisprudence – Pavia and Bologna, 850–1150, New Haven, London 1988.
*Fidel Rädle,* Die Ordnung der Zeit durch den Schöpfer in der Patristik und in den frühen lateinischen Hymnen, in: P. Dilg, G. Keil, D.-R. Moser (Hrsg.), Rhythmus und Saisonalität – Kongreßakten des 5. Symposions des Mediävistenverbandes in Göttingen 1993, Sigmaringen 1995, S. 51–61.

*Peter Rassow*, Honor imperii – Die neue Politik Friedrich Barbarossas 1152–1159, München, Berlin 1940.

*Horst Dieter Rauh*, Das Bild des Antichrist im Mittelalter – Von Tyconius zum Deutschen Symbolismus (= Beiträge zur Geschichte der Philosophie und Theologie des Mittelalters, Neue Folge Bd. 9), 2. Auflage, Aschendorff, Münster 1979.

*Joseph Raz*, On The Nature of Law, ARSP 82 (1996), S. 1–25.

– Praktische Gründe und Normen (= stw Bd. 1784); engl. Originaltitel: Practical Reason and Norms (1975), Frankfurt 2006.

– The Concept of a Legal System – An Introduction to the Theory of Legal System, Oxford 1970.

*Timothy Reuter*, Ein Europa der Bischöfe – Das Zeitalter Burchards von Worms, in: W. Hartmann (Hrsg.), Bischof Burchard von Worms 1000–1025 (= Quellen und Abhandlungen zur mittelrheinischen Kirchengeschichte Bd. 100), Mainz 2000, S. 1–28.

– König, Adel, Andere – ›Basis‹ und ›Überbau‹ in Ottonischer Zeit, in: B. Schneidmüller, S. Weinfurter (Hrsg.), Ottonische Neuanfänge – Symposion zur Ausstellung ›Otto der Große, Magdeburg und Europa‹, Mainz 2001, S. 127–150.

– The ›Feudal Revolution‹ Debate III, Past & Present 155 (1997), S. 177–195.

– The ›Imperial Church System‹ of the Ottonian and Salian Rulers – A Reconsideration, JEcH 33 (1982), S. 357.

– Unruhestiftung, Fehde, Rebellion, Widerstand – Gewalt und Frieden in der Politik der Salierzeit, in: S. Weinfurter (Hrsg.), Die Salier und das Reich Bd. 3 – Gesellschaftlicher und ideengeschichtlicher Wandel im Reich der Salier, 2. Auflage, Sigmaringen 1992, S. 297–325.

*Lázló Révész*, Brustkreuzreliquiar mit Reliefschmuck – 10. Jahrhundert, in: M. Puhle (Hrsg.), Otto der Große – Magdeburg und Europa, Bd. II, Katalog, Mainz 2001, S. 547–548.

*Manfred Riedel*, Artikel ›System, Struktur‹, in: O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe – Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland. Bd. 6, Stuttgart 1990, S. 285–322.

*Jörg Riegel*, Ethnologie und Rechtsgeschichte – Möglichkeiten des interdisziplinären Kontaktes mit der Rechtsethnologie, in: A. Cordes, K. Kroeschell (Hrsg.), Funktion und Form – Quellen- und Methodenprobleme der mittelalterlichen Rechtsgeschichte (= Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte Bd. 18), Berlin 1996, S. 229–250.

*Simon Roberts*, Ordnung und Konflikt – Eine Einführung in die Rechtsethnologie, engl. Originaltitel: Order and Conflict, Stuttgart 1981.

*Ian Stuart Robinson*, Authority and Resistance in the Investiture Contest – The Polemical Literature of the Late Eleventh Century, Manchester, New York 1978.

– ›Periculosus homo‹ – Pope Gregory VII and Episcopal Authority, Viator 9 (1978), S. 103–131.

– The Papacy 1073–1198 – Continuity and Innovation (= Cambridge Mediaeval Textbooks), 3. Auflage, Cambridge 1996.

*Marcelino Rodriguez Molinero*, Der Systembegriff im Recht, Rechtstheorie Beiheft 10 (1986), S. 339–344.

*Wolfgang Röd*, Geometrischer Geist und Naturrecht – Methodengeschichtliche Untersuchungen zur Staatsphilosophie im 17. und 18. Jahrhundert (= Sitzungsberichte der Bayerischen Akad. d. Wiss. phil.-hist. Klasse Bd. 70), München 1970.

*Jürgen Rödig*, Axiomatisierbarkeit juristischer Systeme, in: J. Rödig (Hrsg.), Schriften zur juristischen Logik, Berlin, Heidelberg, New York 1980, S. 65–106.

– Ein Kalkül des juridischen Schließens, in: J. Rödig (Hrsg.), Schriften zur juristischen Logik, Berlin, Heidelberg, New York 1980, S. 107–158.

– Kennzeichnung der axiomatischen Methode, in: J. Rödig (Hrsg.), Schriften zur juristischen Logik, Berlin, Heidelberg, New York 1980, S. 57–63.
– Kritik des Normlogischen Schließens, in: J. Rödig (Hrsg.), Schriften zur juristischen Logik, Berlin, Heidelberg, New York 1980, S. 160–183.
– Über die Notwendigkeit einer besonderen Logik der Normen, in: J. Rödig (Hrsg.), Schriften zur juristischen Logik, Berlin, Heidelberg, New York 1980, S. 185–207.
*Eugen Rosenstock-Huessy*, Die europäischen Revolutionen und der Charakter der Nationen, Nachdruck der 3. Auflage 1951, Brendow 1987.
*Alf Ross*, Directives and Norms (= International Library of Philosophy and Scientific Method), London 1968.
– Imperatives and Logic, Theoria 7 (1941), S. 53–71.
*Joachim Rückert*, Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive, Hannover 1988.
– Die Rechtswerte der germanischen Rechtsgeschichte im Wandel der Forschung, ZRG GA 111 (1994), S. 275–309.
– Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny (= Abhandlungen zur rechtswissen-schaftlichen Grundlagenforschung Bd. 58), Ebelsbach 1984.
– Rechtsbegriff und Rechtsbegriffe – germanisch, römisch, kirchlich, heutig?, in: G. Dilcher, E.-M. Distler (Hrsg.), Leges, Gentes, Regna – Zur Rolle normativer Traditionen germanischer Völkerschaften bei der Ausbildung der mittelalterlichen Rechtskultur, Berlin 2006, S. 569–602.
*Karl Ruess*, Die rechtliche Stellung der päpstlichen Legaten bis Bonifaz VIII., Paderborn 1912.
*Bertrand Russell*, The Principles of Mathematics (1903), Nachdruck, New York, London 1996.
*Bertrand Russell, Alfred North Whitehead*, Principia Mathematica, 3 Bde., London 1910–1913.
*Claudio Sánchez-Albornoz*, España – Un enigma histórico (1957), Nachdruck, Barcelona 2001.
*Leo Santifaller*, Zur Geschichte des ottonisch-salischen Reichskirchensystems (= Sitzungsberichte d. österr. Akad. d. Wiss. Phil-hist. Kl. Bd. 229), Wien 1954.
*Friedrich Carl von Savigny*, Juristische Methodenlehre (1802/3), hrsg. v. G. Wesenberg, Stuttgart 1951.
– System des heutigen Römischen Rechts Bd. 1, 2. Neudruck der Ausgabe 1840, Aalen 1981.
*Jürgen Schatz*, Imperium, Pax et Iustitia – Das Reich: Friedensstiftung zwischen Ordo, Regnum und Staatlichkeit (= Beiträge zur Politischen Wissenschaft Bd. 114), Berlin 2000.
*Georg Scheibelreiter*, Die barbarische Gesellschaft – Mentalitätsgeschichte der europäischen Achsenzeit 5.–8. Jahrhundert, Darmstadt 1999.
*Friedrich Willhelm Joseph Schelling*, System des transcendentalen Idealismus, in: ders., Ausgewählte Schriften Bd. 1 – Schriften 1794–1800 (= stw Bd. 521), Frankfurt 1985, S. 395–702.
*Rudolf Schieffer*, Burchard von Worms – Ein Reichsbischof und das Königtum, in: W. Hartmann (Hrsg.), Bischof Burchard von Worms 1000–1025 (= Quellen und Abhandlungen zur mittelrheinischen Kirchengeschichte Bd. 100), Mainz 2000, S. 29–49.
– Der geschichtliche Ort der ottonisch-salischen Reichskirchenpolitik (= Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge Geisteswissenschaften Bd. 352), Opladen 1998.
– Der ottonische Reichsepiskopat zwischen Königtum und Adel, FMSt 23 (1989), S. 291–301.
– Karolingische und ottonische Kirchenpolitik, in: D.R. Bauer, R. Hiestand, B. Kasten (Hrsg.), Mönchtum, Kirche, Herrschaft 750–1000, Sigmaringen 1996, S. 311–325.
– Mediator cleri et plebis – Zum geistlichen Einfluß auf Verständnis und Darstellung des ottonischen Königtums, in: G. Althoff, E. Schubert (Hrsg.), Herrschaftsrepräsentation im ottonischen Sachsen (= Vorträge und Forschungen Bd. 46), Sigmaringen 1998, S. 345–361.
*Theodor Schieffer*, Heinrich II. und Konrad II. – Die Umprägung des Geschichtsbildes durch die Kir-

chenreform des 11. Jahrhunderts (= Libelli Bd. 285), 2. Auflage, Neudruck mit einem Nachwort, Darmstadt 1969.

*Gottfried Schiemann*, Usus modernus und Gesetzgebung, in: B. Dölemeyer, D. Klippel (Hrsg.), Gesetz und Gesetzgebung im Europa der frühen Neuzeit (= Zeitschrift für historische Forschung Beiheft 22), Berlin 1998, S. 157–170.

*Bernd Schilcher*, Prinzipien und Regeln als Elemente einer Theorie des gebundenen Ermessens, in: B. Schilcher, P. Koller, B.-Ch. Funk (Hrsg.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts (= Juristische Schriftenreihe Bd. 125), Wien 2000, S. 153–192.

*Bernd Schilcher, Peter Koller, Bernd-Christian Funk* (Hrsg.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts (= Juristische Schriftenreihe Bd. 125), Wien 2000.

*Wolfgang Schild*, Abstrakte und konkrete Rechtslehre – Zu den Schwierigkeiten eines Verständnisses der Reinen Rechtslehre, in: G. Orsi (Hrsg.), Recht und Moral (= Rechtsphilosophische Hefte Bd. 1), Frankfurt, Bern, Berlin, Wien 1993, S. 97–120.

– Das konkrete Ordnungsdenken als Methode der Rechtshistorie, in: M. Senn, C. Soliva (Hrsg.), Rechtsgeschichte & Interdisziplinarität – FS Clausdieter Schott z. 65. Geb., Bern, Berlin, Wien 2001, S. 143–154.

*Theodor Schilling*, Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen (= Berliner Juristische Universitätsschriften Bd. 1), Berlin 1994.

*Walter Schlesinger*, Die Entstehung der Landesherrschaft – Untersuchung vorwiegend nach mitteldeutschen Quellen, 4. Auflage, unveränd. Nachdr. d. 1. Auflage Dresden 1941, Darmstadt 1973.

*Gustaf Klemens Schmelzeisen*, Objektives und subjektives Recht – Zu ihrem Verhältnis im Mittelalter, ZRG GA 90 (1973), S. 101–120.

*Ruth Schmidt-Wiegand*, Eid und Gelöbnis, Formel und Formular im mittelalterlichen Recht, in: P. Classen (Hrsg.), Recht und Schrift im Mittelalter (= Vorträge und Forschungen Bd. 23), Sigmaringen 1977, S. 55–90.

– Jacob Grimm und das genetische Prinzip in Rechtswissenschaft und Philologie (= Marburger Universitätsreden A Bd. 12) 1987.

– Recht und êwa – Die Epoche das Althochdeutschen in ihrer Bedeutung für die deutsche Rechtssprache, in: R. Bergmann (Hrsg.), Althochdeutsch Bd. II – Wörter und Namen. Forschungsgeschichte (= Germanische Bibliothek. Neue Folge. Reihe 3, Untersuchungen), Heidelberg 1987, S. 937–958.

– Recht und Gesetz im Spannungsfeld zwischen Schriftlichkeit und Mündlichkeit im Mittelalter, FMSt 27 (1993), S. 147–166.

– Sprache, Recht, Rechtssprache bei Franken und Alemannen vom 6. bis zum 8. Jahrhundert, in: G. Dilcher, E.-M. Distler (Hrsg.), Leges, Gentes, Regna – Zur Rolle normativer Traditionen germanischer Völkerschaften bei der Ausbildung der mittelalterlichen Rechtskultur, Berlin 2006, S. 141–158.

*Carl Schmitt*, Das ›Allgemeine Deutsche Staatsrecht‹ als Beispiel rechtswissenschaftlicher Systembildung, in: ders., Staat, Nomos, Großraum – Arbeiten aus den Jahren 1916–1969, Berlin 1995, S. 166–183.

– Der Begriff des Politischen, Nachdruck der 2. Auflage 1963, Berlin 1979.

– Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes – Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols (1938), Köln 1982.

– Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen, Tübingen 1914.

– Die Diktatur – Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf, 5. Auflage, Berlin 1989.

– Die Formung des französischen Geistes durch den Legisten, in: ders., Staat, Nomos, Großraum – Arbeiten aus den Jahren 1916–1969, Berlin 1995, S. 184–217.
– Freiheitsrechte und institutionelle Garantien, in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954 – Materialien zu einer Verfassungslehre, 3. Auflage, Berlin 1985, S. 140–173.
– Gesetz und Urteil – Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis, 2. Auflage, München 1969.
– Legalität und Legitimität, in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954 – Materialien zu einer Verfassungslehre, 3. Auflage, Berlin 1985, S. 263–350.
– Politische Theologie, 4. Auflage, Berlin 1985.
– Römischer Katholizismus und politische Form, 3. Auflage, Stuttgart 1984.
– Staat, Bewegung, Volk, 3. Auflage, Hamburg 1935.
– Verfassungslehre, 7. Auflage, Berlin 1989.
– Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg 1934.
– Was bedeutet der Streit um den ›Rechtsstaat‹? Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften 95 (1934/35) S. 189–201; wiederabgedruckt in: C. Schmitt, Staat, Großraum, Nomos – Arbeiten aus den Jahren 1916–1969, hrsg. v. G. Maschke, Berlin 1995, S. 121–132.

*Gerhard Schmitz*, … pro utile firmiter tenenda sunt lege – Bemerkungen zur Brauchbarkeit und zum Gebrauch der Kapitulariensammlung der Ansegis, in: D.R. Bauer, R. Hiestand, B. Kasten (Hrsg.), Mönchtum, Kirche, Herrschaft 750–1000, Sigmaringen 1998, S. 213–229.

*Richard A. Schmutz*, Medieval Papal Representatives – Legates, Nuncios, and Judges-delegate, Studia Gratiana 15 (1972), S. 441–463.

*Reinhard Schneider*, Das Königtum als Integrationsfaktor im Reich, in: J. Ehlers (Hrsg.), Ansätze und Diskontinuität deutscher Nationsbildung im Mittelalter (= Nationes Bd. 8), Sigmaringen 1989, S. 59–82.
– Schriftlichkeit und Mündlichkeit im Bereich der Kapitularien, in: P. Classen (Hrsg.), Recht und Schrift im Mittelalter (= Vorträge und Forschungen Bd. 23), Sigmaringen 1977, S. 257–279.
– Tractare de statu regni – Bloßer Gedankenaustausch oder formalisierte Verfassungsdiskussion?, in: J. Petersohn (Hrsg.), Mediaevalia Augiensia – Forschungen zur Geschichte des Mittelalters (= Vorträge und Forschungen Bd. 54), Stuttgart 2001, S. 59–78.

*Bernd Schneidmüller*, Konsensuale Herrschaft – Ein Essay über Formen und Konzepte politischer Ordnung im Mittelalter, in: P.-J. Heinig (Hrsg.), Reich, Regionen und Europa in Mittelalter und Neuzeit – FS Peter Moraw (= Historische Forschungen Bd. 67), Berlin 2000, S. 53–87.
– Otto III. – Heinrich II. – Wende der Königsherrschaft oder Wende der Mediaevistik?, in: B. Schneidmüller, S. Weinfurter (Hrsg.), Otto III. – Heinrich II. Eine Wende? (= Mittelalter-Forschungen Bd. 1), Sigmaringen 1997, S. 9–46.
– Widukind von Corvei, Richer von Reims und der Wandel politischen Bewußtseins im 10. Jahrhundert, in: C. Brühl, B. Schneidmüller (Hrsg.), Beiträge zur mittelalterlichen Reichs- und Nationenbildung in Deutschland und Frankreich (= Historische Zeitschrift Beihefte Neue Folge Bd. 24), München 1997, S. 83–102.
– Von der deutschen Verfassungsgeschichte zur Geschichte politischer Ordnungen und Identitäten im europäischen Mittelalter, Zeitschrift für Geschichtswissenschaft 53 (2005), S. 485–500.
– Zwischen Gott und den Getreuen – Vier Skizzen zu den Fundamenten der mittelalterlichen Monarchie, FMSt 36 (2002), S. 193–224.

*Bernd Schneidmüller, Stefan Weinfurter*, Ordnungskonfigurationen – Die Erprobung eines Forschungsdesigns, in: dies. (Hrsg.), Ordnungskonfigurationen im hohen Mittelalter (= Vorträge und Forschungen Bd. 64), Ostfildern 2006, S. 7–18.

– (Hrsg.), Ordnungskonfigurationen im hohen Mittelalter (= Vorträge und Forschungen Bd. 64), Ostfildern 2006.
– (Hrsg.), Otto III. – Heinrich II. Eine Wende? (= Mittelalter-Forschungen Bd. 1), Sigmaringen 1997.
*Karl Rudolf Schnith*, Recht und Friede – Zum Königsgedanken im Umkreis Heinrichs III., HJb 81 (1962), S. 22–57.
*Roman Schnur*, Einführung zu ›Maurice Hauriou, Die Theorie der Institutionen‹ in: M. Hauriou, Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze (= Schriften zur Rechtstheorie Bd. 5) hrsg. von Roman Schnur, Berlin 1965. S. 11–25.
*Clausdieter Schott*, Der Stand der Leges-Forschung, FMSt 13 (1979), S. 29–55.
– Lex und Skriptorium – Eine Studie zu den süddeutschen Stammesrechten, in: G. Dilcher, E.-M. Distler (Hrsg.), Leges, Gentes, Regna – Zur Rolle normativer Traditionen germanischer Völkerschaften bei der Ausbildung der mittelalterlichen Rechtskultur, Berlin 2006, S. 257–290.
– Traditionelle Formen der Konfliktlösung in der Lex Burgundionum, in: La giustizia nell'alto medioevo (= Settimane di studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo Bd. 42), Spoleto 1995, S. 933–961.
– Zur Geltung der Lex Alamannorum, in: P. Fried, W.-D. Sick (Hrsg.), Die historische Landschaft zwischen Lech und Vogesen – Forschungen und Fragen zur gesamtalemannischen Geschichte (= Studien zur Geschichte des Bayerischen Schwabens Bd. 17), Augsburg 1988, S. 75–105.
*Rüdiger Schott*, Anarchie und Tradition – Über Frühformen des Rechts in schriftlosen Gesellschaften, in: U. Nembach (Hrsg.), Begründungen des Rechts (= Göttinger Theologische Arbeiten Bd. 9), Göttingen 1979, S. 22–48.
*Percy Ernst Schramm*, Herrschaftszeichen und Staatssymbolik Bd. I – Beiträge zu ihrer Geschichte vom dritten bis zum 16. Jahrhundert (= Schriften der MGH Bd. 13/I), Stuttgart 1954.
*Rupert Schreiber*, Die Geltung von Rechtsnormen, Berlin, Heidelberg, New York 1966.
*Klaus Schreiner*, ›Gerechtigkeit und Frieden haben sich geküßt‹ (Ps. 84, 11) – Friedensstiftung durch symbolisches Handeln, in: J. Fried (Hrsg.), Träger und Instrumentarien des Friedens im hohen und späten Mittelalter (= Vorträge und Forschungen Bd. 43), Sigmaringen 1996, S. 37–86.
– Grundherrschaft – Ein neuzeitlicher Begriff für eine mittelalterliche Sache, in: G. Dilcher, C. Violante (Hrsg.), Strukturen und Wandlungen der ländlichen Herrschaftsformen vom 10. zum 13. Jahrhundert (= Schriften des Italienisch-Deutschen Historischen Instituts Trient Bd. 14), ital. Ausgabe Bologna 1996, Berlin 2000, S. 69–93.
– Observantia regularis – Normbildung, Normkontrolle und Normwandel im Mönchtum des hohen und späten Mittelalters, in: D. Ruhe, K.-H. Spieß (Hrsg.), Prozesse der Normbildung und Normveränderung im mittelalterlichen Europa, Stuttgart 2000, S. 275–313.
– Signa victricia – Heilige Zeichen in kriegerischen Konflikten des Mittelalters, in: G. Althoff (Hrsg.), Zeichen, Rituale, Werte – Internationales Kolloquium des Sonderforschungsbereichs 496 an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster (= Symbolische Kommunikation und gesellschaftliche Wertsysteme Bd. 3), Münster 2004, S. 259–300.
*Knut Schulz*, Das Wormser Hofrecht Bischof Burchards, in: W. Hartmann (Hrsg.), Bischof Burchard von Worms 1000–1025 (= Quellen und Abhandlungen zur mittelrheinischen Kirchengeschichte Bd. 100), Mainz 2000, S. 251–278.
– Von der familia zur Stadtgemeinde – Zum Prozeß der Erlangung bürgerlicher Freiheitsrechte durch hofrechtlich gebundene Bevölkerungsgruppen, in: J. Fried (Hrsg.), Die abendländische Freiheit vom 10. zum 14. Jahrhundert – Der Wirkungszusammenhang von Idee und Wirklichkeit im europäischen Vergleich, Sigmaringen 1991, S. 461–484.

*Reiner Schulze*, Das Recht fremder Kulturen – Vom Nutzen der Rechtsethnologie für die Rechtsgeschichte, HJb 110 (1990), S. 446–470.
– ›Gewohnheitsrecht‹ und ›Rechtsgewohnheiten‹ im Mittelalter – Einführung, in: G. Dilcher (Hrsg.), Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter (= Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte Bd. 6), Berlin 1992, S. 9–20.
*Eva Schumann*, Entstehung und Fortwirkung der Lex Baiuvariorum, in: G. Dilcher, E.-M. Distler (Hrsg.), Leges, Gentes, Regna – Zur Rolle normativer Traditionen germanischer Völkerschaften bei der Ausbildung der mittelalterlichen Rechtskultur, Berlin 2006, S. 291–319.
*Heide Schwöbel*, Synode und König im Westgotenreich – Grundlagen und Formen ihrer Beziehung, Köln, Wien 1982.
*John R. Searle*, Sprechakte – Ein sprachphilosophischer Essay (= stw Bd. 458), engl. Originaltitel: Speech Acts (1969), Frankfurt 1983.
*Kurt Seelmann*, Theologische Wurzeln des säkularen Naturrechts – Das Beispiel Salamanca, in: D. Willoweit (Hrsg.), Die Begründung des Rechts als historisches Problem (= Schriften des Historischen Kollegs; Kolloquien Bd. 45), München 2000, S. 215–227.
*Hubertus Seibert*, Das Papsttum und die neuen religiösen Bewegungen im 12. Jahrhundert, in: F.M. Siefarth, S. Weinfurter (Hrsg.), Macht und Ordnungsvorstellungen im hohen Mittelalter – Werkstattberichte (= Münchner Kontaktstudium Geschichte Bd. 1), Neuried 1998, S. 147–168.
– Herrscher und Mönchtum im spätottonischen Reich – Vorstellung, Funktion, Interaktion, in: B. Schneidmüller, S. Weinfurter (Hrsg.), Otto III. – Heinrich II. Eine Wende? (= Mittelalter-Forschungen Bd. 1), Sigmaringen 1997, S. 205–266.
*Wolfgang Sellert*, Aufzeichnungen des Rechts und Gesetz, in: W. Sellert (Hrsg.), Das Gesetz in Spätantike und frühem Mittelalter (= Abh. d. Akad. d. Wiss. in Göttingen; Phil.-hist. Klasse, 3. Folge Bd. 196), Göttingen 1992, S. 67–102.
– Friedensprogramme und Friedenswahrung im Mittelalter, in: G. Köbler (Hrsg.), Wege europäischer Rechtsgeschichte – FS Karl Kroeschell z. 60. Geb., Frankfurt 1987, S. 453–467.
– Gewohnheit, Formalismus und Rechtsritual im Verhältnis zur Steuerung sozialen Verhaltens durch gesatztes Recht, in: H. Duchhardt, G. Melville (Hrsg.), Im Spannungsfeld von Recht und Ritual – Soziale Kommunikation in Mittelalter und Früher Neuzeit (= Norm und Struktur Bd. 7), Köln, Weimar, Wien 1997, S. 29–47.
– Zur Rezeption des römischen und kanonischen Rechts in Deutschland von den Anfängen bis zum Beginn der frühen Neuzeit – Überblick, Diskussionsstand und Ergebnisse, in: H. Boockmann (Hrsg.), Recht und Verfassung im Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit 1 (= Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Philologisch-Historische Klasse; Folge 3 Bd. 228), Göttingen 1998, S. 115–166.
*Jan-Reinard Sieckmann*, Logische Eigenschaften von Prinzipien, Rechtstheorie 25 (1994), S. 163–189.
– Rechtssystem und praktische Vernunft, ARSP 78 (1992), S. 145–165.
– Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, Baden-Baden 1990.
– Zur Abwägungsfähigkeit von Prinzipien, ARSP Beiheft 53 (1994), S. 205–213.
*Frank Siegmund*, Pactus Legis Salicae § 13 – Über den Frauenraub in der Merowingerzeit, FMSt 32 (1998), S. 101–123.
*Harald Siems*, Adsimilare – Die Analogie als Wegbereiterin zur mittelalterlichen Rechtswissenschaft, in: K. Herbers (Hrsg.), Europa an der Wende vom 11. zum 12. Jahrhundert – Beiträge zu Ehren von Werner Goez, Stuttgart 2001, S. 143–170.
– Die Lehre von der Heimlichkeit des Diebstahls – Zugleich eine Untersuchung zu Raub und Dieb-

stahl im gelehrten Recht, in: J. Weitzel (Hrsg.), Hoheitliches Strafen in der Spätantike und im frühen Mittelalter (= Konflikt, Verbrechen und Sanktion in der Gesellschaft Alteuropas. Symposien und Synthesen Bd. 7), Köln, Weimar, Wien 2002, S. 85–152.
– In ordine posuimus – Begrifflichkeit und Rechtsanwendung in Reginos Sendhandbuch, in: W. Hartmann (Hrsg.), Recht und Gericht in Kirche und Welt um 900 (= Schriften des Historischen Kollegs. Kolloquien Bd. 69), München 2007, S. 67–90.
– Zu Problemen der Bewertung frühmittelalterlicher Rechtstexte, ZRG GA 106 (1989), S. 291–305.
*Alexander Somek*, Der Gegenstand der Rechtserkenntnis – Epitaph eines juristischen Problems (= Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie Bd. 11), Baden-Baden 1996.
– Die Wirklichkeit des Rechts in: ders., Rechtliches Wissen (= stw Bd. 1802), Frankfurt 2006, S. 9–31.
– Von der Rechtserkenntnis zur interpretativen Praxis, in: A. Somek, N. Forgó (Hrsg.), Nachpositivistisches Rechtsdenken – Inhalt und Form des positiven Rechts, Wien 1996, S. 81–109.
*Karl-Heinz Spieß*, Rangdenken und Rangstreit im Mittelalter, in: W. Paravicini (Hrsg.), Zeremoniell und Raum – 4. Symposium der Residenzen-Kommission der Akademie der Wissenschaften in Göttingen (= Residenzenforschung Bd. 6), Sigmaringen 1997, S. 39–61.
*Johannes Spörl*, Das Alte und das Neue im Mittelalter – Studien zum Problem des mittelalterlichen Fortschrittsbewußtseins, HJb 50 (1930), S. 297–341 u. S 498–525.
*Rolf Sprandel*, Über das Problem neuen Rechts im früheren Mittelalter, ZRG KA 48 (1962) S. 117–137.
– Verfassung und Gesellschaft im Mittelalter (= UTB Bd. 461), 5. Auflage, Paderborn, München, Wien 1994.
*Nikolaus Staubach*, Der König als Membrum diaboli?, FMSt 33 (1999), S. 108–124.
– Rex christianus – Hofkultur und Herrschaftspropaganda im Reich Karls des Kahlen Bd. II. Die Grundlegung der ›religion royale‹ (= Pictura et Poesis II/2), Köln, Wien 1993.
*Wolfgang Stegmüller*, Hauptsrömungen der Gegenwartsphilosophie Bd. II, 8. Auflage, Stuttgart 1987.
*Christian Stetter*, Schrift und Sprache (= stw Bd. 1415), Frankfurt 1999.
*Brian Stock*, Schriftgebrauch und Rationalität im Mittelalter, in: W. Schluchter, Max Webers Sicht des okzidentalen Christentums – Interpretation und Kritik (= stw Bd. 730), Frankfurt 1988, S. 165–183.
– The Implications of Literacy – Written Language and Models of Interpretation in the Eleventh and Thwelfth Century, Princeton 1983.
*Michael Stolleis*, Condere leges et interpretari – Gesetzgebung und Staatsbildung in der frühen Neuzeit, in: M. Stolleis (Hrsg.), Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit – Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts (= stw Bd. 878), Frankfurt 1990, S. 167–196.
– Veit Ludwig von Seckendorff, in: M. Stolleis (Hrsg.), Staatsdenker in der frühen Neuzeit, 3. Auflage, München 1995, S. 148–171.
*Tilman Struve*, Bedeutung und Funktion des Organismusvergleichs in den mittelalterlichen Theorien von Staat und Gesellschaft, in: A. Zimmermann (Hrsg.), Soziale Ordnungen im Selbstverständnis des Mittelalters. 1. Halbband (= Miscellanea Mediaevalia 12/1), Berlin, New York 1979, S. 144–161.
– Die Entwicklung der organologischen Staatsauffassung im Mittelalter (= Monographien zur Geschichte des Mittelalters Bd. 16), Stuttgart 1978.
– Die Salier und das römische Recht – Ansätze zur Entwicklung einer säkularen Herrschaftstheorie in der Zeit des Investiturstreites (= Abhandlungen der Geistes- und Sozialwissenschaftlichen Klasse der Akademie der Wissenschaften und der Literatur 1999 Nr. 5), Mainz, Stuttgart 1999.

– Die Stellung des Königtums in der politischen Theorie der Salierzeit, in: S. Weinfurter (Hrsg.), Die Salier und Das Reich Bd. 3 – Gesellschaftlicher und ideengeschichtlicher Wandel im Reich der Salier, 2. Auflage, Sigmaringen 1992, S. 217–244.

– Pedes rei publicae – Die dienenden Stände im Verständnis des Mittelalters, HZ 236 (1983), S. 1–48.

*Wolfgang Stürner*, Natur und Gesellschaft im Denken des Hoch- und Spätmittelalters – Naturwissenschaftliche Kraftvorstellungen und die Motivierung politischen Handelns in Texten des 12. bis 14. Jahrhunderts (= Stuttgarter Beiträge zur Geschichte und Politik Bd. 7), Stuttgart 1975.

– Peccatum und Potestas – Der Sündenfall und die Entstehung der herrscherlichen Gewalt im mittelalterlichen Staatsdenken (= Beiträge zur Geschichte und Quellenkunde des Mittelalters Bd. 11), Sigmaringen 1987.

*Monika Suchan*, Königsherrschaft im Streit (= Monographien zur Geschichte des Mittelalters Bd. 42), Stuttgart 1997.

*Brigitte Szabó-Bechstein*, Libertas Ecclesiae – Ein Schlüsselbegriff des Investiturstreits und seine Vorgeschichte. 4.–11. Jahrhundert (= Studi Gregoriani Bd. 12), Rom 1985.

– ›Libertas ecclesiae‹ vom 12. bis zur Mitte des 13. Jahrhunderts – Verbreitung und Wandel des Begriffs seit seiner Prägung durch Gregor VII., in: J. Fried (Hrsg.), Die abendländische Freiheit vom 10. zum 14. Jahrhundert – Der Wirkungszusammenhang von Idee und Wirklichkeit im europäischen Vergleich, Sigmaringen 1991, S. 147–175.

*Alfred Tarski*, On some Fundamental Concepts of Metamathematics, deutscher Originaltitel: Über einige fundamentale Begriffe der Metamathematik (1930), in: A. Tarski, J.H. Woodger (Hrsg.), Logic, Semantics, Metamathematics, 2. Auflage, Indianapolis 1983, S. 30–37.

*Jacob Taubes*, Abendländische Eschatologie (1947), 2. Auflage (= Batterien Bd. 45), Berin 2007.

*Gerd Tellenbach*, Die Bedeutung des Reformpapsttums für die Einigung des Abendlandes, Studi Gregoriani 2 (1947), S. 125–149.

– Die westliche Kirche vom 10. bis zum frühen 12. Jahrhundert (= Die Kirche in ihrer Geschichte. Ein Handbuch Bd. 2 Lfg. F1), Göttingen 1988.

– Libertas – Kirche und Weltordnung im Zeitalter des Investiturstreits (= Forschungen zur Kirchen- und Geistesgeschichte Bd. 7), Stuttgart 1936.

*Gunther Teubner*, Recht als autopoietisches System, Frankfurt 1989.

*Gerhard Theuerkauf*, Burchard von Worms und die Rechtskunde seiner Zeit, FMSt 2 (1968), S. 144–161.

– Sachsenrecht im Übergang – von der Lex Saxonum zum Sachsenspiegel, in: S. Weinfurter (Hrsg.), Die Salier und das Reich Bd. 3 – Gesellschaftlicher und ideengeschichtlicher Wandel im Reich der Salier, 2. Auflage, Sigmaringen 1992, S. 415–423.

*Brian Tierney*, The Idea of Natural Rights – Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150–1625 (= Emory Studies in Law and Religion Bd. 5), Atlanta 1997.

– Villey, Ockham and the Origin of Individual Rights, in: J. Witte, F.S. Alexander (Hrsg.), The Weightier Matters of the Law – Essays on Law and Religion, Atlanta 1988, S. 1–31; jetzt auch in: B. Tierney, The Idea of Natural Rights, S. 11–42.

*Bernhard Töpfer*, Tendenzen zur Entsakralisierung der Herrscherwürde in der Zeit des Investiturstreits, Jahrbuch für Geschichte des Feudalismus 6 (1982), S. 163–171.

– Urzustand und Sündenfall in der mittelalterlichen Gesellschafts- und Staatstheorie (= Monographien zur Geschichte des Mittelalters Bd. 45), Stuttgart 1999.

*Otto Triffterer,* Österreichisches Strafrecht – Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Wien, New York 1994.

*Hans Erich Troje*, ›Verwissenschaftlichung‹ und humanistische Jurisprudenz, in: H.E. Troje (Hrsg.), Humanistische Jurisprudenz – Studien zur europäischen Rechtswissenschaft unter dem Einfluß des Humanismus, Goldbach 1993, S. 253–286.

– Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts, in: J. Blühdorn, J. Ritter (Hrsg.), Philosophie und Rechtswissenschaft – Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert (= Studien zur Philosophie und Literatur des 19. Jahrhunderts Bd. 3), Frankfurt 1969, S. 65–97.

*Winfried Trusen*, Gutes altes Recht und consuetudo, in: H. Halblitzel, M. Wollenschläger (Hrsg.), Recht und Staat – FS G. Küchenhoff, Berlin 1972, S. 189–204.

*Walter Ullmann*, Individuum und Gesellschaft im Mittelalter (= Kleine Vandenhoeck Reihe Bd. 1370) eng. Originaltitel: The Individual and Society in the Middle Ages (1966), Göttingen 1974.

*Fernando Valdés Fernández*, Die Gesandtschaft des Johannes von Gorze nach Cordoba, in: M. Puhle (Hrsg.), Otto der Große, Magdeburg und Europa Bd. I – Essays, Mainz 2001, S. 525–536.

*Luigi Lombardi Vallauri*, Geschichte des Freirechts (= Studien zur Philosophie und Literatur des neunzehnten Jahrhunderts Bd. 10), Frankfurt 1978.

*Viktor Vanberg*, Spontanous Market Order and Social Rules – A Critical Examination of F.A. Hayek's Theory of Cultural Evolution, Economics and Philosophy 2 (1986) S. 75–100.

*Thomas Vesting*, Aporien des rechtswissenschaftlichen Formalismus – Hermann Hellers Kritik an der Reinen Rechtslehre, ARSP 77 (1991), S. 348–373.

*Theodor Viehweg*, Topik und Jurisprudenz – Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 5. Auflage, München 1974.

*Michel Villey*, Das Römische Recht in Hegels Rechtsphilosophie, in: M. Riedel (Hrsg.), Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie Bd. 2 (= stw Bd. 89), S. 131–151.

– La formation de la pensée juridique moderne, 4. Auflage, Paris 1975.

*Cinzio Violante*, Ländliche Herrschaftsstrukturen im historischen Kontext des 10.–12. Jahrhunderts – Einführung, in: G. Dilcher, C. Violante (Hrsg.), Strukturen und Wandlungen der ländlichen Herrschaftsformen vom 10. zum 13. Jahrhundert (= Schriften des Italienisch-Deutschen Historischen Instituts Trient Bd. 14), ital. Ausgabe Bologna 1996, Berlin 2000, S. 11–49.

*Hanna Vollrath*, Christliches Abendland und archaische Stammeskultur – Zu einer Standortbestimmung des früheren Mittelalters (= Bertha-Benz-Vorlesung Bd. 4), Ladenburg 1990.

– Das Mittelalter in der Typik oraler Gesellschaften, HZ 233 (1981), S. 571–594.

– Die deutschen königlichen Landfrieden und die Rechtsprechung, in: La giustizia nell'alto medioevo (secoli IX – XI) (= Settimane di studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo Bd. 44), Spoleto 1997, S. 591–619.

– Die Rolle der Grundherrschaft bei der genossenschaftlichen Rechtsfindung – Analysen am Beispiel der Klöster Werden und Rupertsberg, in: G. Dilcher, C. Violante (Hrsg.), Strukturen und Wandlungen der ländlichen Herrschaftsformen vom 10. zum 13. Jahrhundert (= Schriften des Italienisch-Deutschen Historischen Instituts Trient Bd. 14), ital. Ausgabe Bologna 1996, Berlin 2000, S. 189–214.

– Fürstenurteile im staufisch-welfischen Konflikt von 1138 bis zum Privilegium Minus – Recht und Gericht in der oralen Rechtswelt des frühen Mittelalters, in: A. Cordes, K. Kroeschell (Hrsg.), Funktion und Form – Quellen- und Methodenprobleme der mittelalterlichen Rechtsgeschichte (= Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte Bd. 18), Berlin 1996, S. 39–62.

– Herrschaft und Genossenschaft im Kontext frühmittelalterlicher Rechtsbeziehungen, HJb 102 (1982), S. 33–71.

– Konfliktwahrnehmung und Konfliktdarstellung in erzählenden Quellen des 11. Jahrhunderts, in:

S. Weinfurter (Hrsg.), Die Salier und das Reich Bd. 3 – Gesellschaftlicher und ideengeschichtlicher Wandel im Reich der Salier, 2. Auflage, Sigmaringen 1992, S. 279–296.
– Probleme um die Landfrieden – Fragen an Geschichte und Rechtsgeschichte, in: A. Buschmann, E. Wadle (Hrsg.), Landfrieden – Anspruch und Wirklichkeit, Paderborn, Wien, München, Zürich 2002, S. 11–29.
– Rechtstexte in der oralen Rechtskultur des frühen Mittelalters, in: M. Borgolte (Hrsg.), Mittelalterforschung nach der Wende 1989 (= Historische Zeitschrift Beihefte. Neue Folge Bd. 20), München 1995, S. 319–348.
*Wulf Eckart Voß*, Vom römischen Provinzialprozeß der Spätantike zum Rechtsgang des frühen Mittelalters, in: H. Siems (Hrsg.), Recht im frühmittelalterlichen Gallien, Köln 1995, S. 73–108.
*Elmar Wadle*, Die peinliche Strafe als Instrument des Friedens, in: J. Fried (Hrsg.), Träger und Instrumentarien des Friedens im hohen und späten Mittelalter, Sigmaringen 1996, S. 229–247.
– Frieden, Zwang, Recht – Ein Versuch, Zusammenhänge in der Zeit der leges zu deuten, in: G. Dilcher, E.-M. Distler (Hrsg.), Leges, Gentes, Regna – Zur Rolle normativer Traditionen germanischer Völkerschaften bei der Ausbildung der mittelalterlichen Rechtskultur, Berlin 2006, S. 549–560.
– Gottesfrieden und Landfrieden als Gegenstand der Forschung seit 1950, in: A. Cordes, K. Kroeschell (Hrsg.), Funktion und Form – Quellen- und Methodenprobleme der mittelalterlichen Rechtsgeschichte (= Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte Bd. 18), Berlin 1996, S. 63–91.
– Landfriedensrecht in der Praxis, in: A. Buschmann, E. Wadle (Hrsg.), Landfrieden – Anspruch und Wirklichkeit, Paderborn, Wien, München, Zürich 2002, S. 73–94.
– Zur Delegitimierung der Fehde durch die mittelalterliche Friedensbewegung, in: H. Brunner (Hrsg.), Der Krieg im Mittelalter und in der Frühen Neuzeit – Gründe, Begründungen, Bilder, Bräuche, Recht (= Imagines medii aevi Bd. 3), Wiesbaden 1999, S. 73–91.
*Thor von Waldstein,* Die Pluralismuskritik in der Staatslehre von Carl Schmitt, Bochum 1989.
*Robert Walter*, Der Aufbau der Rechtsordnung – Eine rechtstheoretische Untersuchung auf der Grundlage der Reinen Rechtslehre, 2. Auflage, Wien 1974.
– Das Problem des ›normativen Syllogismus‹ in Kelsens ›Allgemeiner Theorie der Normen‹, in: W. Krawietz, J. Wróblewski (Hrsg.), Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts – FS K. Opałek z. 75. Geb., Berlin 1993, S. 347–355.
– Die Trennung von Recht und Moral im System der Reinen Rechtslehre, ÖZöR 17 (1967), S. 143.
*Rainer Walz*, Strategien der Gewaltvermeidung – Ein Vergleich segmentärer mit bäuerlichen Gesellschaften in Europa, in: S. Esders (Hrsg.), Rechtsverständnis und Konfliktbewältigung – Gerichtliche und außergerichtliche Strategien im Mittelalter, Köln, Weimar, Wien 2007, S. 211–235.
*Renée M. Watkins-Bienz*, Die Hart-Dworkin Debatte – Ein Beitrag zu den internationalen Kontroversen der Gegenwart (= Schriften zur Rechtstheorie Bd. 220), Berlin 2004.
*Max Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Auflage, Studienausgabe, Tübingen 1972.
*Rudolf Weigand*, Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus (= Münchener theologische Studien III. Kanonistische Abteilung Bd. 26), München 1967.
*Christiane Weinberger; Ota Weinberger*, Logik, Semantik, Hermeneutik (= Becksche Elementarbücher), München 1979.
*Ota Weinberger*, Alternative Handlungstheorie – Gleichzeitig eine Auseinandersetzung mit Georg Henrik von Wrights praktischer Philosophie, Wien, Köln, Weimar 1996.
– Bemerkungen zu J. Rödig's ›Kritik des Normlogischen Schließens‹, Theory and Decision 3 (1973), S. 311–317.

– Der Begriff der Sanktion und seine Rolle in der Normenlogik und Rechtstheorie, in: H. Lenk (Hrsg.), Normenlogik – Grundprobleme der deontischen Logik (= UTB Bd. 414), Pullach bei München 1974, S. 89–111.
– Der semantische, der juristische und der soziologische Normbegriff, in: W. Krawietz, J. Wróblewski (Hrsg.), Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts – FS K. Opałek z. 75. Geb., Berlin 1993, S. 435–453.
– Die Norm als Gedanke und Realität, ZöR 20 (1970), S. 203–216.
– Norm und Institution – Eine Einführung in die Theorie des Rechts, Wien 1988.
– Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik – Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Theorie der Normen (= Schriften zur Rechtstheorie Bd. 95), Berlin 1981.
– Normenlogik und logische Bereiche, in: A.G. Conte, R. Hilpinen, G.H.v. Wright (Hrsg.), Deontische Logik und Semantik (= Linguistische Forschungen Bd. 15), Wiesbaden 1977, S. 176–212.
– Rechtslogik, 2. Auflage, Berlin 1989.
– Revision des traditionellen Rechtssatzkonzepts, in: B. Schilcher, P. Koller, B.-Ch. Funk (Hrsg.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts (= Juristische Schriftenreihe Bd. 125), Wien 2000, S. 53–68.
– The Expressive Conception of Norms – An Impasse for the Logic of Norms, Law and Philosophy 4 (1985), S. 165–198.

*Stefan Weinfurter*, Autorität und Herrschaftsbegründung des Königs um die Jahrtausendwende, in: F.M. Siefarth, S. Weinfurter (Hrsg.), Macht und Ordnungsvorstellungen im hohen Mittelalter – Werkstattberichte (= Münchner Kontaktstudium Geschichte Bd. 1), Neuried 1998, S. 47–65.
– Canossa – Die Entzauberung der Welt, München 2006.
– Das Demutsritual als Mittel zur Macht – König Heinrich II. und seine Selbsterniedrigung 1007, in: C. Ambos, S. Hotz, G. Schwedler, S. Weinfurter (Hrsg.), Die Welt der Rituale – Von der Antike bis heute, Darmstadt 2005, S. 45–50.
– Das ›neue Europa‹ und die spätsalischen Kaiser – Zusammenfassende Überlegungen, in: B. Schneidmüller, S. Weinfurter (Hrsg.), Salisches Kaisertum und neues Europa – Die Zeit Heinrichs IV. und Heinrichs V., Darmstadt 2007, S. 411–423.
– Der Anspruch Heinrichs II. auf die Königsherrschaft 1002, in: J. Dahlhaus, A. Kohnle (Hrsg.), Papstgeschichte und Landesgeschichte – FS Hermann Jakobs (= Beihefte zum Archiv für Kulturgeschichte Bd. 39), Köln, Weimar, Wien 1995, S. 121–134.
– Die Zentralisierung der Herrschaftsgewalt im Reich durch Kaiser Heinrich II., HJb 106 (1986), S. 241–297.
– Funktionalisierung und Distanz – Gesellschaftlicher Wandel in der Salierzeit, in: S. Lamnek (Hrsg.), Soziale Distanz – FS Heinz Otto Luthe z. 60. Geb., Eichstätt 1998, S. 17–37.
– Funktionalisierung und Gemeinschaftsmodell – Die Kanoniker in der Kirchenreform des 11. und 12. Jahrhunderts, in: O. Auge, S. Lorenz (Hrsg.), Die Stiftskirche in Südwestdeutschland – Aufgaben und Perspektiven der Forschung (= Schriften zur südwestdeutschen Landeskunde Bd. 35), Leinfelden-Echterdingen 2003, S. 107–121.
– Heinrich II. (1002–1024) – Herrscher am Ende der Zeiten, Regensburg 1999.
– Herrschaftslegitimation und Königsautorität im Wandel – Die Salier und ihr Dom zu Speyer, in: S. Weinfurter (Hrsg.), Die Salier und das Reich Bd. 1 – Salier, Adel und Reichsverfassung, 2. Auflage, Sigmaringen 1992, S. 55–96.
– Idee und Funktion des ›Sakralkönigtums‹ bei den ottonischen und salischen Herrschern (10. und 11. Jahrhundert), in: R. Gundlach, H. Weber (Hrsg.), Legitimation und Funktion des Herrschers – Vom

ägyptischen Pharao zum neuzeitlichen Diktator (= Schriften der Mainzer Philosophischen Fakultätsgesellschaft Bd. 13), Stuttgart 1992, S. 99–127.
– Investitur und Gnade – Überlegungen zur gratialen Herrschaftsordnung im Mittelalter, in: M. Steinicke, S. Weinfurter (Hrsg.), Investitur- und Krönungsrituale – Herrschaftseinsetzungen im kulturellen Vergleich, Köln, Weimar, Wien 2005, S. 105–123.
– Konfliktverhalten und Individualität des Herrschers am Beispiel Kaiser Heinrichs II. (1002–1024), in: S. Esders (Hrsg.), Rechtsverständnis und Konfliktbewältigung – Gerichtliche und außergerichtliche Strategien im Mittelalter, Köln, Weimar, Wien 2007, S. 291–311.
– Ordnungskonfigurationen im Konflikt – Das Beispiel Kaiser Heinrichs III., in: J. Petersohn (Hrsg.), Mediaevalia Augiensia – Forschungen zur Geschichte des Mittelalters (= Vorträge und Forschungen Bd. 54), Stuttgart 2001, S. 79–100.
– Ottonische ›Neuanfänge‹ und ihre Perspektiven, in: B. Schneidmüller, S. Weinfurter (Hrsg.), Ottonische Neuanfänge – Symposion zur Ausstellung ›Otto der Große, Magdeburg und Europa‹, Mainz 2001, S. 1–16.
– Reformidee und Königtum im spätsalischen Reich – Überlegungen zu einer Neubewertung Kaiser Heinrichs V., in: S. Weinfurter (Hrsg.), Reformidee und Reformpolitik im spätsalisch-frühstaufischen Reich – Vorträge der Tagung der Gesellschaft für Mittelrheinische Kirchengeschichte vom 11. bis 13. September 1991 in Trier (= Quellen und Abhandlungen zur mittelrheinischen Kirchengeschichte Bd. 68), Mainz 1992.
– Sakralkönigtum und Herrschaftsbegründung um die Jahrtausendwende – Die Kaiser Otto III. und Heinrich II. in ihren Bildern, in: H. Altrichter (Hrsg.), Bilder erzählen Geschichte, Freiburg 1995, S. 47–103.
– Zur ›Funktion‹ des ottonischen und salischen Königtums, in: M. Borgolte (Hrsg.), Mittelalterforschung nach der Wende 1989 (= Historische Zeitschrift Beihefte Neue Folge Bd. 20), München 1995, S. 349–361.

*Jürgen Weitzel*, Begriff und Gegenstand des frühmittelalterlichen Sanktionenrechts, in: C. Hattenhauer, A. Roth, S.C. Saar (Hrsg.), Recht als Erbe und Aufgabe – FS Heinz Holzhauer z. 70. Geb., Berlin 2005, S. 11–18.
– Das Majestätsverbrechen zwischen römischer Spätantike und fränkischem Mittelalter, in: J. Weitzel (Hrsg.), Hoheitliches Strafen in der Spätantike und im frühen Mittelalter (= Konflikt, Verbrechen und Sanktion in der Gesellschaft Alteuropas. Symposien und Synthesen Bd. 7), Köln, Weimar, Wien 2002, S. 47–83.
– Der Grund des Rechts in Gewohnheit und Herkommen, in: D. Willoweit (Hrsg.), Die Begründung des Rechts als historisches Problem, München 2000, S. 137–152.
– Artikel ›Deutsches Recht‹ in: Lexikon des Mittelalters, Bd. III (1986), Sp. 777–781.
– Die Bedeutung der Dinggenossenschaft für die Herrschaftsordnung, in: G. Dilcher, E.-M. Distler (Hrsg.), Leges, Gentes, Regna – Zur Rolle normativer Traditionen germanischer Völkerschaften bei der Ausbildung der mittelalterlichen Rechtskultur, Berlin 2006, S. 351–366.
– Die Formel consilio et iudicio im Lichte des fränkisch-deutschen Urteilsverständnisses, in: G. Köbler (Hrsg.), Wege europäischer Rechtsgeschichte – FS Karl Kroeschell z. 60. Geb. (= Rechtshistorische Reihe Bd. 60), Frankfurt 1987, S. 573–591.
– Die Konstituierung der Gemeinde aus der Rechtstheorie, in: P. Blickle (Hrsg.), Theorien kommunaler Ordnung in Europa, München 1996, S. 163–180.
– Die transalpine Provinz des ungeschriebenen Rechts, in: H. Dreier (Hrsg.), Raum und Recht – Festschrift 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät, Berlin 2002, S. 23–45.

– Dinggenossenschaft und Recht – Untersuchungen zum Rechtsverständnis im fränkisch-deutschen Mittelalter (= Quellen und Forschungen zur Höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich Bd. 15), Köln, Wien 1985.
– Gerichtsöffentlichkeit im hoch- und spätmittelalterlichen Deutschland, in: A. Haverkamp (Hrsg.), Information, Kommunikation und Selbstdarstellung in mittelalterlichen Gemeinden (= Schriften des Historischen Kollegs; Kolloquien Bd. 40), München 1998, S. 71–84.
– Gewohnheitsrecht und fränkisch-deutsches Gerichtsverfahren, in: G. Dilcher (Hrsg.), Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter, Berlin 1992, S. 67–86.
– Oblatio puerorum – Der Konflikt zwischen väterlicher Gewalt und Selbstbestimmung im Lichte eines Instituts des mittelalterlichen Kirchenrechts, in: N. Brieskorn (Hrsg.), Vom mittelalterlichen Recht zur neuzeitlichen Rechtswissenschaft – Bedingungen, Wege und Probleme der europäischen Rechtsgeschichte (= Rechts- und staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft N.F. Bd. 72), Paderborn, Wien 1994, S. 59–74.
– Recht und Spruch der Laienurteiler – zumindest eine Epoche der europäischen Rechtsgeschichte, in: H. Lück, B. Schildt (Hrsg.), Recht, Idee, Geschichte – Beiträge zur Rechts- und Ideengeschichte. FS Rolf Lieberwirth z. 80. Geb., Köln, Weimar, Wien 2000, S. 53–78.
– ›Relatives Recht‹ und ›unvollkommene Rechtsgeltung‹ im westlichen Mittelalter – Versuch einer vergleichenden Synthese zum ›mittelalterlichen Rechtsbegriff‹, in: A. Cordes, B. Kannowski (Hrsg.), Rechtsbegriffe im Mittelalter (= Rechtshistorische Reihe Bd. 262), Frankfurt 2002, S. 43–62.
– Rezension zu ›G. Althoff, Spielregeln der Politik im Mittelalter‹ und zu ›G. Althoff, H.-W. Goetz, E. Schubert (Hrsg.), Menschen im Schatten der Kathedrale‹, ZRG GA 117 (2000), S. 689–702.
– Rezension zu ›K. Kroeschell, A. Cordes (Hrsg.), Funktion und Form‹, ZRG GA 116 (1999), S. 532–537.
– Schriftlichkeit und Recht, in: H. Günther, O. Ludwig (Hrsg.), Schrift und Schriftlichkeit – Ein interdisziplinäres Handbuch internationaler Forschung (= Handbücher zur Sprach- und Kommunikationswissenschaft Bd. 10,1), Berlin 1994, S. 610–619.
– Sonderprivatrecht aus konkretem Ordnungsdenken – Reichserbhofrecht und allgemeines Privatrecht 1933–1945, Z. f. neuere Rechtsgeschichte 14 (1992), S. 55–79.
– Strafe und Strafverfahren bei Gregor von Tours und in anderen Quellen der Merowingerzeit, in: H. Siems (Hrsg.), Recht im frühmittelalterlichen Gallien, Köln 1995, S. 109–126.
– Strafe und Strafverfahren in der Merowingerzeit, ZRG GA 111 (1994), S. 66–147.
– Über Oberhöfe, Recht und Rechtszug – Eine Skizze (= Göttinger Studien zur Rechtsgeschichte Bd. 15), Göttingen 1981.
– Versuch über Normstrukturen und Rechtsbewußtsein im mittelalterlichen Okzident (450–1100), in: E.J. Lampe (Hrsg.), Zur Entwicklung von Rechtsbewußtsein (= stw Bd. 1315), Frankfurt 1997, S. 371–402.
– Vorverständnisse und Eckpunkte in der Diskussion um ein frühmittelalterlich-fränkisches Strafrecht, in: F. Dorn, J. Schröder (Hrsg.), FS Gerd Kleinheyer zum 70. Geb., München 2001, S. 539–567.
– Worte der Vorläufer, in: G. Dilcher, E.-M. Distler (Hrsg.), Leges, Gentes, Regna – Zur Rolle normativer Traditionen germanischer Völkerschaften bei der Ausbildung der mittelalterlichen Rechtskultur, Berlin 2006, S. 43–50.
*Hans Welzel*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit (= Jurisprudenz in Einzeldarstellungen Bd. 4), 4. Auflage 2. Nachdruck, Göttingen 1990.
*Dieter Werkmüller*, ›Et ita est altercatio finita‹ – Ein Beitrag zum fränkischen Prozeß, in: G. Köbler

(Hrsg.), Wege europäischer Rechtsgeschichte – FS Karl Kroeschell z. 60. Geb. (= Rechtshistorische Reihe Bd. 60), Frankfurt 1987, S. 592–606.

– Per pugnam probare – Zum Beweisrecht im fränkischen Prozeß, in: S. Buchholz, P. Mikat, D. Werkmüller (Hrsg.), Überlieferung, Bewahrung und Gestaltung in der rechtsgeschichtlichen Forschung – FS Ekkehard Kaufmann z. 70. Geb., Paderborn, München, Wien, Zürich 1993, S. 379–390.

*Steffen Wesche*, Auslegung, Fortbildung oder Schöpfung des Rechts? – Überlegungen zur juristischen Interpretation anhand der Theorie Ronald Dworkins, in: S. Wesche, V. Zanetti (Hrsg.), Dworkin in der Diskussion, Bruxelles, Paderborn 1999, S. 254–300.

*Uwe Wesel,* Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften – Umrisse einer Frühgeschichte des Rechts bei Sammlern und Jägern und akephalen Ackerbauern und Hirten, Frankfurt 1985.

*Hermann Weyl*, Die Stufen des Unendlichen, Jena 1931.

*Franz Wieacker*, Ius – Die Entstehung einer archaischen Rechtsordnung im archaischen Rom, in: U. Immenga (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung – Ringvorlesung von Professoren der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen (= Göttinger rechtswissenschaftliche Studien Bd. 111), Göttingen 1980, S. 33–52.

– Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Auflage, Göttingen 1967.

– Rechtsaustrag und Rechtsvorstellung im archaischen Rom, in: W. Fikentscher, H. Franke, O. Köhler (Hrsg.), Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen, Freiburg 1980, S. 581–608.

*Georg Wieland* (Hrsg.), Aufbruch, Wandel, Erneuerung – Beiträge zur Renaissance des 12. Jahrhunderts, Stuttgart, Bad Cannstatt 1995

– Die Ordnung des Kosmos und die Unordnung der Welt, in: B. Schneidmüller, S. Weinfurter (Hrsg.), Ordnungskonfigurationen im hohen Mittelalter (= Vorträge und Forschungen Bd. 64), Ostfildern 2006, S. 19–36.

*Walter Wilhelm*, Savignys überpositive Systematik, in: J. Blühdorn, J. Ritter (Hrsg.), Philosophie und Rechtswissenschaft – Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert (= Studien zur Philosophie und Literatur des 19. Jahrhunderts Bd. 3), Frankfurt 1969, S. 123–147.

*George H. Williams*, The Norman Anonymous of 1100 A.D. (= Harvard Theological Studies Bd. 18), Cambridge 1951.

*Dietmar Willoweit*, Der Usus modernus oder die geschichtliche Begründung des Rechts – Zur rechtstheoretischen Bedeutung des Methodenwandels in späten 17. Jahrhundert, in: D. Willoweit (Hrsg.), Die Begründung des Rechts als historisches Problem (= Schriften des Historischen Kollegs; Kolloquien Bd. 45), München 2000, S. 229–245.

– Deutsche Verfassungsgeschichte – Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands. Ein Studienbuch (= Kurzlehrbücher für das juristische Studium), 4. Auflage, München 2001.

– (Hrsg.), Die Begründung des Rechts als historisches Problem (= Schriften des historischen Kollegs; Kolloquien Bd. 45), München 2000.

– Die Sanktion für Friedensbruch im Kölner Gottesfrieden von 1083, in: E. Schlüchter (Hrsg.), Recht und Kriminalität – FS Friedrich-Wilhelm Krause z. 70. Geb., Köln 1991, S. 37–52.

– Rezeption und Staatsbildung im Mittelalter, in: D. Simon (Hrsg.), Akten des 26. deutschen Rechtshistorikertages 1986 (= Ius Commune Sonderheft Bd. 30), Frankfurt 1987, S. 19–44.

– Unrechtsfolgen in Hof- und Dienstrechten des 11. und 12. Jahrhunderts – Mit einer Anmerkung zum Verhältnis von geistlicher Buße und weltlicher Sanktion vor der Ausbreitung des peinlichen Strafrechts, in: N. Brieskorn (Hrsg.), Vom mittelalterlichen Recht zur neuzeitlichen Rechtswissenschaft – Bedingungen, Wege und Probleme der europäischen Rechtsgeschichte (= Rechts- und staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görresgesellschaft N.F. Bd. 72), Paderborn, Wien 1994, S. 109–127.

– Vom guten alten Recht – Normensuche zwischen Erfahrungswissen und Ursprungslegenden, Jahrbuch des Historisschen Kollegs 1997, S. 23–52.
*Ricarda Winterswyl*, Das neue Recht – Untersuchungen zur frühmittelalterlichen Rechtsphilosophie, HJb 81 (1962), S. 58–79.
*Armin Wolf*, Gesetzgebung in Europa 1100–1500 – Zur Entstehung der Territorialstaaten, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, München 1996.
– Quasi hereditatem inter filios – Zur Kontroverse über das Königswahlrecht im Jahre 1002 und die Genealogie der Konradiner, ZRG GA 112 (1995), S. 64–157.
*Gunther Wolf*, Die Wiener Reichskrone (= Schriften des Kunsthistorischen Museums Bd. 1), Wien 1995.
*Herwig Wolfram*, Konrad II. – Kaiser dreier Reiche, München 2000.
*Udo Wolter*, Die ›consuetudo‹ im kanonischen Recht bis zum Ende des 13. Jahrhunderts, in: G. Dilcher (Hrsg.), Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter (= Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte Bd. 6), Berlin 1992, S. 87–116.
*Peter Worm*, Die Heilige Lanze – Bedeutungswandel und Verehrung eines Herrschaftszeichens, in: E. Eisenlohr, P. Worm (Hrsg.), Arbeiten aus dem Marburger hilfswissenschaftlichen Institut (= elementa diplomatica Bd. 8), Marburg 2000, S. 179–216.
*Georg Henrik v. Wright*, Bedingungsnormen – ein Prüfstein für die Normenlogik, in: ders. (Hrsg.), Normen, Werte und Handlungen, Frankfurt 1994, S. 44–55.
– Deontische Logik, in: H. Poser, G.H.v. Wright (Hrsg.), Handlung, Norm und Intention, engl. Originaltitel: Deontic Logic, in: Mind 60 (1951), Berlin, New York 1977, S. 1–17.
– Norm und Handlung – Eine logische Untersuchung (= Monographien Wissenschaftstheorie und Grundlagenforschung Bd. 10) engl. Originaltitel: Norm and Action, übers. v. G Meggle u. M. Ulkan, Königstein 1979.
*Rainer Zaczyk*, Die Struktur des Rechtsverhältnisses (§§ 1–4) im Naturrecht Fichtes, in: M. Kahlo, E.A. Wolff, R. Zaczyk (Hrsg.), Fichtes Lehre vom Rechtsverhältnis – Die Deduktion der §§ 1–4 der Grundlage des Naturrechts und ihre Stellung in der Rechtsphilosophie (= Juristische Abhandlungen Bd. 21), Frankfurt 1992, S. 9–27.
*Kurt Walter Zeidler*, Prolegomena zur Wissenschaftstheorie, Würzburg 2000.
*Claudia Zey*, Der sogenannte Investiturstreit, in: F.M. Siefarth, S. Weinfurter (Hrsg.), Macht und Ordnungsvorstellungen im hohen Mittelalter – Werkstattberichte (= Münchner Kontaktstudium Geschichte Bd. 1), Neuried 1998, S. 89–105.
– Gleiches Recht für alle? – Konfliktlösung und Rechtsprechung durch päpstliche Legaten im 11. und 12. Jahrhundert, in: S. Esders (Hrsg.), Rechtsverständnis und Konfliktbewältigung – Gerichtliche und außergerichtliche Strategien im Mittelalter, Köln, Weimar, Wien 2007, S. 93–119.
*Harald Zimmermann*, Rezension zu ›G. Althoff, Die Ottonen‹, ZRG GA 118, S. 490–491.
*Thomas Zotz*, Die Gegenwart des Königs – Zur Herrschaftspraxis Ottos III. und Heinrichs II., in: B. Schneidmüller, S. Weinfurter (Hrsg.), Otto III. – Heinrich II. Eine Wende? (= Mittelalter-Forschungen Bd. 1), Sigmaringen 1997, S. 349–386.
– Pallium et alia quaedam archiepiscopatus insignia – Zum Beziehungsgefüge und zu Rangfragen der Reichskirchen im Spiegel der päpstlichen Privilegierung des 10. und 11. Jahrhunderts, in: H. Maurer, H. Patze (Hrsg.), FS Berent Swineköper, Sigmaringen 1982, S. 155–175.
*Jochen Zwick*, Zur Form und Funktion übernatürlicher Kommunikationsweisen in der Frankengeschichte des Gregor von Tours, Mediävistik 1 (1988), S. 193–206.

# Personenregister

# Sachregister

Die Angemessenheit eines etatistisch-rechtspositivistischen Modells der Rechtsordnung gerät zunehmend in die Kritik. Bedenken, Recht wirklich als „System von Normen" begreifen zu können, sind um so angebrachter, je mehr das zu beschreibende Recht seinem Selbstverständnis nach sowohl dem Normparadigma, als auch wissenschaftlicher Systematisierung fernsteht. Am Beispiel des ungelehrten Rechts des Früh- und Hochmittelalters wird von Martin Pilch eine Kritik am positivistischen Rechtsbegriff entwickelt, der nicht nur die Problematik der rechtshistorischen Begriffsbildung aufzeigen soll, die nach wie vor am Normsystembegriff festhält, sondern darüber hinaus die unvermeidbaren Aporien des Rechtspositivismus, die nach einem grundsätzlichen Neuansatz verlangen, gerade auch für eine angemessene Theorie des modernen Rechts. Die Arbeit richtet sich mit ihren Analysen gleichermaßen an mehrere Disziplinen, an Mediävisten, Rechtshistoriker, Rechtstheoretiker und wegen der Kritik am „Konkreten Ordnungsdenken" auch an die gegenwärtige Carl Schmitt Forschung.

9 783205 782919
ISBN 978-3-205-78291-9
http://www.boehlau.at
http://www.boehlau.de